DIREITO INTERNACIONAL, COMUNIDADE E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

(ORGANIZADORES)
DENISE SALLES
ICARO LEITE
DOUGLAS DE CASTRO
SIMONE LIMA
DANIEL ROMAGUERA

DIREITO INTERNACIONAL, COMUNIDADE E RELAÇÕES INTERNACIONAIS

ágora21

EDITORA MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2017

EDITORA MULTIFOCO
Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.
Av. Mem de Sá, 126, Lapa
Rio de Janeiro - RJ
CEP 20230-152

Direito Internacional, Comunidade e Relações Internacionais
SALLES, Denise
LEITE, Icaro
CASTRO, Douglas de
LIMA, Simone
ROMAGUERA, Daniel

1ª Edição
Agosto de 2017
ISBN: 978-85-5996-686-2

CONSELHO DO CAED-JUS

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título “Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o ‘totalitarismo consumista’ e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna”.

SUMÁRIO

ASPECTOS DA ADOÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Arthur Gustavo Saboya de Queiroz
Bianca Viana Thomaz
Filipe Matos Benevides

INTRODUÇÃO

É possível afirmar que o Direito surgiu com o fito de dirimir e solucionar conflitos. A partir de suas disposições, busca-se uma alternativa ideal a um caso específico. Essencialmente estatal, contudo, encontra dificuldades em oferecer uma resposta devida, célere, em função da diversidade de imensidão de demandas diariamente postas. Essa dificuldade atinge seu maior peso no plano internacional, onde não existe a atuação do Estado ante seus cidadãos, mas Estados e grupos fortes digladiando-se por poder com um frágil sistema de contrapeso. Estabeleceram-se, assim, meios alternativos de resolução de disputas, entre os quais a arbitragem, tema maior desse trabalho.

Esse artigo se propõe a apresentar os benefícios da arbitragem em um aspecto específico entre os diversos em que pode ser aplicada, o comércio internacional, entendendo esta como a me-

lhor alternativa de resolução de controvérsias para esse tipo de negociação. Sendo um tema que envolve negócios, trata-se aqui não apenas do procedimento, do processo internacional, mas também se enquadra no âmbito do Direito do Comércio Internacional, definido por Paulo Henrique Gonçalves Portela como "o ramo do Direito das Gentes que visa a regular o desenvolvimento do comércio internacional" (PORTELA, 2015, p. 415).

Para tanto, o presente trabalho se estrutura em três tópicos. Inicialmente, discorrerá acerca do conceito e principais aspectos desse método alternativo de solução de conflitos. Em seguida, serão apresentados alguns casos práticos de resolução, por meio da arbitragem, de disputas advindas de conflitos no comércio internacional. Finalmente, serão apresentados os benefícios e os pontos passíveis de melhoria na prática da arbitragem comercial internacional. Pretende-se assim oferecer um breve panorama da prática, contribuindo para uma maior difusão do conhecimento sobre o tema.

1. ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: NOÇÕES GERAIS

A arbitragem, enquanto método alternativo de solução de conflitos, é um meio para alcançar segurança jurídica e celeridade que as diversas contendas, no caso, transações comerciais, demandam. Trata-se de instrumento extrajudicial no qual as partes litigantes designam, de comum acordo, um árbitro ou tribunal arbitral ao qual será submetida a solução do conflito. Cabe salientar que nem todas as matérias podem ser submetidas a um juízo arbitral. De forma geral, somente questões patrimoniais, de bens disponíveis, são admitidas.

No Brasil, diante do congestionamento do Poder Judiciário nacional, e com o advento da Lei nº 9.307/96, que regula a arbitragem, esta vem ganhando gradativa relevância, so-

bretudo quando se trata de relações comerciais no âmbito do comércio exterior. Importante é o peso jurídico que o texto trata a questão, pois, consoante o art. 31 da referida lei, a decisão alcançada por meio de uma arbitragem equivale a uma sentença judicial e, se for condenatória, constitui título executivo. Vejamos (*online*, 2016):

> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

No âmbito do comércio internacional, a arbitragem é de suma importância, visto que as relações econômicas se desenvolvem em um ritmo acelerado, o que demanda resoluções de controvérsia eficazes, seguras e céleres. Apesar do evidente aspecto prática que alavanca a sua ascensão, Emmanuel Gaillard, no seu curso sobre a Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional na Academia de Direito Internacional de Haia, levanta a reflexão acerca da filosofia do direito que a arbitragem proporciona, em maior medida que o direito internacional privado. Isso ocorreria porque "noções de vontade e de liberdade, essencialmente filosóficas, estão no coração da matéria" (GAILLARD, 2014, p. 2).

Na dimensão de relações internacionais, a arbitragem mostra-se crucial, visto que não pode existir, nessa dimensão, uma autoridade acima dos Estados que lhes confira uma jurisdição compulsória. Com efeito, conforme Ada Grinover, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos Cintra, jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça" (GRINOVER; DINAMARCO, CINTRA, 2013, p. 155). Não há, portanto, meios de for-

çar o cumprimento de uma decisão, sob pena de sanção ainda mais grave, aos indivíduos responsáveis pela desobediência. O acato da decisão parte do consentimento, característica marcante não apenas da modalidade que aqui se busca trabalhar, mas de todo o Direito Internacional. Sobre o assunto, explica Casella que a *força obrigatória* da sentença arbitral não deve ser confundida com a sua inexistente *força executória*. Não obstante, frisa o professor da Universidade de São Paulo que, como regra, as sentenças arbitrais são acatadas (CASELLA, 2012, p. 864).

O papel da arbitragem no comércio internacional possui expressão nos próprios textos normativos dessa seara. Um desses textos, a lei-modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*), de 21 de junho de 1985, define a arbitragem internacional, no seu artigo 1º (3), a seguir:

> 3 – Uma arbitragem é internacional se: (a) As partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou (b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) O local da arbitragem, se estiver fixado na convenção ou for determinável de acordo com esta; (ii) Qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto do litígio tenha maior ligação; ou (c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais do que um país (UNCITRAL, 1985).

Ainda sobre o conceito de arbitragem internacional, há um ponto chave a ser destacado: a autonomia das partes,

que é o que legitima esse método alternativo de resolução de conflitos. Nessa toada, dispõe Irineu Strenger, na obra "Arbitragem Comercial Internacional", *in verbis*:

> É preciso, porém sempre lembrar que um dos princípios fundamentais da arbitragem internacional, na qual somente intercorrem limitadas exceções, é aquele da "autonomia das partes", isto é, que as partes têm poder, por acordo recíproco, para determinar que elementos principais devem estar contidos em uma arbitragem. Assim: a) Uma convenção de arbitragem pode estabelecer o lugar onde o procedimento arbitral deve ser conduzido e, deste modo, fixar a lei aplicável nesse procedimento. As regras específicas que governarão a arbitragem podem igualmente ser estabelecidas por acordo; b) As partes, no acordo, geralmente são livres na determinação do direito que governará sua disputa; c) O lugar da arbitragem pode ser escolhido de maneira que sua localização seja em um país que aderiu a uma Convenção internacional, a fim de tornar mais simples e expedita a execução de uma sentença no país onde os bens do devedor estejam situados; d) A nacionalidade ou qualificações dos árbitros possam, também ser, objeto de entendimento. Ou, então, possa ser convencionado, que os árbitros não devem ser de certa nacionalidade (STRENGER, 1998, p.22).

Contudo, cabe salientar que a arbitragem internacional não está totalmente desvinculada da ordem jurídica interna. No Brasil, por exemplo, a decisão arbitral, só terá eficácia jurídica se não ofender preceitos chaves do Estado, como a soberania nacional e a ordem pública. Não possui, portanto, "carta branca" para ter

suas decisões aplicadas como for decidido, afinal, é meio alternativo, não estatal, não obstante tenha força de sentença.

Alguns países, tais quais a Inglaterra e a Alemanha, não fazem distinção entre as espécies de convenção de arbitragem. Não obstante, muitos outros o fazem, como o Brasil. Em nosso país, o principal documento sobre o tema é a Lei nº 9.307/96, a Lei de Arbitragem. Em seu art. 3º, a Lei elenca duas espécies de convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

> Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Na obra "Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul", João Bosco Lee discorre sobre os supracitados cláusula compromissória e compromisso arbitral, definindo-os da seguinte forma:

> A cláusula compromissória pode ser definida como a convenção pela qual as partes submetem à arbitragem os futuros litígios de um contrato. (p.50)
>
> (...)
>
> O compromisso pode ser definido como sendo "a convenção segundo a qual as partes submetem um litígio à arbitragem" (Art. 9º da Lei 9.307/96 – Brasil). Diferentemente da cláusula compromissória, o compromisso é celebrado quando o litígio nasce. (LEE, 2005, p.82)

Como fontes da arbitragem comercial internacional, temos, além das recorrentes fontes do Direito (as leis, os

tratados internacionais, os usos e costumes, a jurisprudência arbitral, a doutrina e os princípios gerais de direito), e a *Lex mercatoria*, que tem a pretensão de unificar o regime jurídico aplicado aos contratos internacionais de comércio. Acerca do tema, é bastante relevante o que novamente assevera Strenger.

> Na perspectiva do tempo, a arbitragem comercial internacional é instituição muito antiga. Já na Idade Média era o método que regulava divergências entre comerciantes, com adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da moderna *Lex mercatoria*. Atualmente, vivemos fase de superação das várias leis de comércio nacional, objetivando a construção futura de uma lei comum do comércio internacional, que vem, já de certo modo, pelas suas inúmeras envolturas, se consagrando através da metodologia da *Lex mercatoria*, cada vez mais abrangente na tutela dos interesses decorrentes da atividade do comerciante internacional. Não existe, portanto, qualquer surpresa ao verificar-se que arbitragem comercial internacional se constitui em uso de amplitude universal, pois abrange tanto os países de livre mercado como os industrializados e aqueles em processo de desenvolvimento (STRENGER, 1998, p.23).

Dessa forma, a arbitragem comercial internacional busca a adoção reiterada de práticas aceitas internacionalmente, a fim de se assegurar a segurança jurídica nas transações comerciais.

Ademais, é comum que seja escolhido um Estado alheio às partes litigantes, se entre Estados o litígio ocorrer, para presidir a arbitragem, a fim de garantir a imparcialidade e confiabilidade na sentença arbitral a ser proferida com base nas

fontes supracitadas, com ênfase na *Lex mercatoria*, de caráter transnacional, refletindo o direito consuetudinário do cenário comercial internacional.

2. ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: EXEMPLOS PRÁTICOS

Um dos mais notórios casos de contenda empresarial dos últimos anos foi o litígio entre o empresário brasileiro Abílio Diniz e o grupo francês Casino. Em 2005, foi feito um acordo entre o Grupo Pão de Açúcar (GPA), controlado por Diniz, e o Casino, com o objetivo de este último assumir o controle do primeiro. Todavia, Diniz, ao tentar fusionar as duas empresas, acabou gerando um conflito entre os dois conglomerados. O desacordo se agravou a partir de 2012, quando o brasileiro assumiu a presidência do conselho da BRF, empresa que tem como principal parceiro na distribuição de seus produtos o Pão de Açúcar.

Entendendo como uma tentativa de suprimir a cláusula contratual original que punha no comando da GPA o grupo francês, houve então, no ano de 2011, o pedido do grupo francês na Câmara Internacional de Comércio (CCI) pela resolução do impasse por intermédio de arbitragem. Cerca de dois anos após, a controvérsia estava resolvida.

A celeridade e a segurança jurídica que esse modo de solução de conflitos traz acarreta uma redução nos custos operacionais, fazendo com que seja bastante procurado quando há celeumas envolvendo empresas de âmbito internacional. A aplicação da *lex mercatoria* torna muito mais fácil o entendimento e o cumprimento das sentenças arbitrais.

Para ilustrar isso, tem-se um caso emblemático envolvendo o consórcio ARAMCO, a Arábia Saudita e a empresa transportadora do armador grego Aristóteles Onassis. A complexidade do fato envolvendo as três partes ocorreu devido ao montante

de dinheiro envolvido, bem como da dúvida acerca de qual direito seria aplicado na solução da controvérsia. As partes escolheram então um tribunal arbitral situado na cidade de Genebra, na Suíça, para solucionarem o impasse, conforme preestabelecido no contrato inicial. As partes, alicerçadas no princípio da autonomia da vontade, "adotaram então as normas básicas do Direito Internacional, conjugadas com os PGD - Princípios Gerais do Direito, aplicados, porém, ao objeto específico do petróleo: foi criada a LEX PETROLEA, que passou a ser aplicada nas outras arbitragens que tivessem por objetivo as relações referentes ao petróleo. " (ROQUE, 2012).

Percebe-se a criação de uma nova forma de aplicação do Direito, desta vez envolvendo a área petroquímica a partir de regras gerais e princípios do Direito Internacional. A criação da *Lex petrolea* influenciou diversos outros julgamentos posteriores, dando mais celeridade e auxiliando na concretização da segurança jurídica nos casos controversos envolvendo petroleiras.

Outro caso que merece destaque é o BG GROUP PLC. vs. REPUBLIC OF ARGENTINA, que foi levado à máxima instância dos Estados Unidos.

O BG Group PLC é um conglomerado empresarial que possuía permissão de distribuir atividade econômica destinada à distribuição de gás na Argentina, de maneira exclusiva, por 35 anos. À época do contrato, 1990, as tarifas eram calculadas em dólares americanos, para que, assim, a companhia auferisse lucros razoáveis. Em 2001, devido à grave crise econômica enfrentada pelo país latino-americano, o governo tomou diversas medidas para tentar barrar a deterioração financeira, sendo uma delas a troca, no cálculo das tarifas, da moeda americana para a moeda argentina, com uma taxa de câmbio de 1 US$ por Peso Argentino.

O grupo empresarial sentiu-se lesado pela nova medida do Estado argentino, o que o fez procurar as medidas necessárias para aplacar esse problema. Em 2003, eles ingressaram na câmara arbitral, alegando que as novas leis Argentinas haviam violado o contrato original e que seria uma expropriação. A Argentina negou as alegações feitas pela BG e argumentou que o tribunal arbitral não teria competência para julgar o feito.

Em sentença proferida em 2007, o tribunal arbitral declarou-secompetente para analisar o caso. Em decisão final, o tribunal expôs que não existia caso de expropriação. Todavia, o governo argentino deveria ressarcir a empresa prestadora de serviços em US$ 185.285.485,85 por danos por conta dos investimentos aplicados.

Já no ano de 2008, a Argentina impetrou ação no tribunal distrital de Columbia, buscando reverter o ressarcimento, alegando para tanto a falta de competência do tribunal arbitral. Em 2011, houve decisão contrária às alegações do país latino e em favor do conglomerado econômico. No ano seguinte, após petição apresentada pelos argentinos, o tribunal reverteu sua decisão, favorável ao país sul americano. A BG ingressou então perante a Suprema Corte dos Estados Unidos que, numa votação de 7 a 2, reverteu a decisão do tribunal inferior, definindo que os árbitros tinham sim competência para decidir e interpretar aquelas cláusulas contratuais e consequentemente decidir aquele caso específico.

3. ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: ASPECTOS BENÉFICOS E NECESSIDADE DE MELHORIA

A Arbitragem tem se mostrado importante meio de resolução pacífica de conflitos no plano internacional. Esse sucesso decorre de algumas de suas especificidades, as quais abordaremos nesse tópico.

Primeiramente, é preciso considerar a própria lógica do sistema jurídico internacional. A despeito de existir uma simulação de jurisdição[1], tendo como órgãos consultivos das questões legais institucionais como o Tribunal Internacional do Direito do Mar, O Tribunal Penal Internacional e a Corte Internacional de Justiça, não há uma autoridade central capaz de forçar o cumprimento de uma decisão dessas instituições semelhante à autoridade estatal. Assim, há necessidade de pactuação das partes litigantes pelo cumprimento do julgado. Levando-se em conta que nenhuma dessas cortes tem uma finalidade propriamente de análise de disputas comerciais, a arbitragem surge então como método bastante viável de garantia de solução.

Outro aspecto que expressa os benefícios da Arbitragem nessa seara é a possibilidade de empresas nela atuarem. Notoriamente, boa parte das disputas internacionais tem como sujeitos exclusivos os Estados, as Organizações Internacionais e equiparados de ambos. Nesse espaço, a arbitragem ocorreria em instituições denominadas de Câmaras de Arbitragem, privadas, que passaram a atuar como crucial ferramenta para que os grupos de investidores em países estrangeiros não tenham que recorrer ao seu Estado local para reaver ou evitar perdas.

É sempre válido frisar a expectativa de uma solução qualificada ser encontrada se adotada a arbitragem. Isto porque as instituições atuantes nesse meio possuem profissionais qualificados em diversos ramos no seu corpo profissional. Não apenas juristas, mas engenheiros, arquitetos, matemáticos, químicos, agrônomos etc. Dada a complexidade e variedade de questões que às cortes arbitrais são levadas, faz-se neces-

1. Mencionamos aqui a simulação de uma jurisdição por entender que ela parte de um poder soberano estatal e central, não existindo uma autoridade equivalente em no plano exterior. A simulação seria uma tentativa de elaborar algo próximo, consistindo no próprio sistema multilateral, em cujo ápice encontra-se a Organização das Nações Unidas.

sária essa disposição, capaz de oferecer os pareceres fundamentados de que necessitam os litigantes.

É necessário reconhecer, contudo, aspectos ainda a evoluir no campo da arbitragem internacional. O principal aspecto negativo é o alto custo. O principal deles é que, para manter a estrutura de especialistas e celeridade, e até em razão do peso das contendas em discussão, cobra-se um alto valor. Caso os empreendedores sejam de pequeno porte, resta invariavelmente a procura ao Judiciário estrangeiro, zona de profundas interrogações acerca da efetividade.

CONCLUSÃO

Buscou-se, neste trabalho, apresentar brevemente algumas das particularidades da utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos decorrentes da atuação comercial internacional. Para tanto, após delimitados os tópicos a serem abordados na introdução, iniciou-se a exposição das noções gerais da temática da arbitragem geral e internacional. Nessa parte, foi possível, entre outros aspectos, visualizar que, além de possuir regulamentação na legislação brasileira, por meio da Lei nº 9.307/96, é tema de profunda reflexão, dada a representatividade que possui como meio de resolução de conflitos frente a uma ordem de iguais, os Estados.

Em seguida, iniciada a abordagem de casos práticos tidos como relevantes para apreciar as nuances da resolução de conflitos por meio de arbitragem internacional, deu-se destaque ao caso da BG GROUP PLC. vs. REPUBLIC OF ARGENTINA, que, nos permitiu aferir a complexidade do sistema arbitral, bem como sua autonomia, em razão de que, nesse caso, após decisão final da Suprema Corte dos Estados Unidos, restou certa a garantia de sua competência, da legitimidade e da necessidade de observância do sentenciado, mesmo emitindo

entendimento diverso de tribunal a nível estadual ou federal (com a ressalva óbvia da necessidade de cláusula arbitral).

Finalmente, em último tópico, tratou-se aqui de discorrer sobre os aspectos positivos e negativos da ascensão da arbitragem internacional. Nesse sentido, verificou-se a evidente celeridade que traz à resolução de contendas. Ademais, restou clara a oportunidade que proporciona aos grupos comerciais de resolver seus conflitos. É inegável reconhecer que recorrer a uma ordem jurídica alienígena, completamente desconhecida e sem garantias de imparcialidade dada a oposição de nacionalidades em conflito. Como outros pontos positivos, também vale frisar a expertise dos árbitros e de seus consultores, dada a especialidade que possuem no trato de temas específicos. Como crítica, o alto custo no âmbito da arbitragem em particulares, ainda bastante proibitivo.

Entende-se que a arbitragem comercial internacional se encontra consolidada. Aperfeiçoados os sempre existentes pontos nebulosos, a arbitragem comercial internacional tende a ocupar posto de destaque ainda maior no trato do direito internacional e nos debates contemporâneos de maior relevância no plano externo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 4.311**, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em 24 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>.Acesso em 24 nov. 2016.

CASELLA, P. B; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

GRINOVER, A. P; CINTRA, A. C; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional**. 21 de junho de 1985. Disponível em: <http://bit.ly/2nBdSoF> Acesso em 25 nov. 2016.

PORTELA, P. H. G. **Direito Internacional Público e Privado** – incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 7. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ROQUE, Sebastião José.**O caso ARAMCO: a arbitragem maior já realizada ditou regras**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-aramco-a-a-arbitragem-maior-ja-realizada-ditou-regras,37376.htm>. Acesso em 26 nov. 2016.

STRENGER, Irineu. In: PUCCI, Adriana Noemi et al. **Arbitragem comercial internacional.** São Paulo: LTr, 1998.

UNITED STATES SUPREME COURT. **BG Group PLC. v. Republic of Argentina**. March 5, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2gChL5a>. Acesso em 27 nov. 2016.

A UNIÃO EUROPEIA COMO MODELO DE INTEGRAÇÃO

Arthur Gustavo Saboya de Queiroz

INTRODUÇÃO

A União Europeia passa por dificuldades. Problemas como o baixo crescimento médio de seus componentes, reflexo de uma crise financeira, e a questão imigratória, trazendo de volta ao debate os temas do terrorismo e da xenofobia, tiveram seu ápice com o anúncio da saída (ainda não concretiza) do Reino Unido do grupo, o chamado "Brexit". Essa retirada, inserida igualmente em um contexto maior de ascensão de políticos conservadores contrários à integração, provocou o temor de uma debandada dos principais membros do bloco, implodindo assim o marcante projeto de comunhão entre os Estados do continente.

A Europa teve sua construção moldada por rivalidades e guerras entre seus componentes. Em determinados momentos da história tentou-se construir uma ordem a fundamentar o diálogo entre as potências locais. A Paz de Vestfália, que findou a Guerra dos 30 Anos, é tido como o primeiro acordo internacional tendo em vista garantir a soberania dos Estados, com as promessas de não intervenção entre eles e separação entre os mundos político e religioso (ROMANO, 2013, p. 82). Essa lógica, contudo, foi irremediavelmente rompida com a ascensão e o império de Napoleão.

Com a derrotada de Napoleão, foi necessária a reorganização da Europa, realização construída a partir do Congresso de Viena. O Congresso de Viena consagrava, pela primeira vez, o entendimento entre as potências, como em condomínio de poder, para a manutenção da paz e do equilíbrio entre as potências na Europa (LESSA, 2011, p. 55). Existiria um concerto entre as potências da época para gerir as suas relações internacionais. Esse concerto, contudo, foi novamente rompido a partir do belicismo de um país, a Alemanha do Kaiser Guilherme II.

Se os acordos anteriores visavam a pacificação por meio do respeito e da cooperação, tentou-se alcança-la ao fim da Primeira Guerra Mundial por meio do subjugo do país causador do embate, através do duro Tratado de Versalhes. De tão forte o revanchismo causado pelas humilhantes imposições, A Segunda Guerra logo aconteceu. Com seu fim, contudo, restou certa a disposição para não cometer o mesmo erro, e inaugurar um momento de real e duradoura integração entre os países do continente. Esse contexto de diálogo, do qual também decorreu a criação da Organização das Nações Unidas, permitiu a progressiva construção da União Europeia, cujo processo formador será apresentado nesse artigo.

O presente trabalho, situado temporalmente em um contexto de crise da União Europeia, busca defender que o bloco é um modelo de integração regional. Assim, abordará inicialmente o processo de sua criação, permitindo visualizar de que forma se consolidou a aproximação entre seus componentes. Em seguida, serão apresentados alguns dos sucessos paradigmáticos alcançados em matéria de integração pela União Europeia. Ainda nessa seara, será exposta breve reflexão acerca da ideia de supranacionalidade e o direito comunitário, marcas cruciais para a compreensão da União Europeia. Finalmente, serão feitas algumas considerações acerca

dos desafios contemporâneos do bloco, que em muito contribuem para o seu dano e a possibilidade de um esfacelamento.

Pretende-se, a despeito da consciência de que a união passa por dificuldades, ressaltar os benefícios em detrimento dos prejuízos dessa forma de organização, por entender que, de fato, os países que a compõem em muito se beneficiaram dessa decisão.

1. A CONSTRUÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

É dito com razoável grau de aceitação que a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) foi o embrião da União Europeia. Nesse sentido se manifestam, por exemplo, Cristina Soreanu Pecequillo (2014, p. 9) e Henry Kissinger (2015, p. 92). O grupo, criado em 1951, através do Tratado de Paris, era composto por Alemanha, Franca, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, sendo os três últimos membros do grupo Benelux. Teve como seu principal defensor Robert Schuman, então ministro da França responsável por negócios estrangeiros. Por meio da notória declaração que leva seu nome, Schuman, que também foi o primeiro presidente do Parlamento Europeu, conclamou a Europa à união como pressuposto para sua revitalização, propondo para esse fim a subordinação da produção franco-alemã de carvão e de ação a uma Alta Autoridade, conclamando os demais países da região a dessa coligação participarem. Cumpre igualmente mencionar o papel desempenhado na consolidação do grupo pelo francês Jean Monnet, inspirador das proposições de Schuman e primeiro presidente da CECA.

O segundo grande passo foi dado também por esses países, através da vigência dos Tratados de Roma de 1957, que instituíram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM). Enquanto o primeiro diversificava o comércio promovido pela

CECA a partir da adoção de políticas comuns em outras áreas produtivas, a EURATOM levou a cooperação ao ramo energético. Por serem todos os grupos constituídos pelos mesmos países, houve a unificação de todos, por meio do Tratado de Bruxelas de 1965, adotando o nome de Comunidades Europeias.

Sendo então visível o avanço do bloco, a agregação de outros países foi natural. Assim, em 1973, Dinamarca, Irlanda e Reino Unido ingressaram nas Comunidades Europeias, feito repetido pela Grécia, em 1980, e por Portugal e Espanha em 1986. A entrada do Reino Unido representou a clara busca por expansão, visto que, como nos informa José Flávio Sombra Saraiva, (2008, p. 219), o ingresso desta no bloco já havia sido negado duas vezes, em 1963 e 1967, por interferência de Charles de Gaulle, notório presidente da França. A partir de então, já participavam do grupo os países fundadores da União Europeia, representados nas doze estrelas de sua bandeira. Sua formalização ocorreu em 1992, através do Tratado de Maastricht, surgindo uma coligação que propunha, um conjunto de ações de integração que abandonam o plano meramente fiscal para abranger a homogeneização tecnológica, social, política e econômica (FRANCA FILHO, p. 47).

Atualmente, a União Europeia é composta por 28 países membros, e enfrenta questionamentos acerca de sua eficiência por força da crise econômica experimentada por alguns de seus membros, em maior grau, Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha, alcunhados de PIIGS. Ademais, em 2016, foi realizado um referendo no Reino Unido para avaliar a manutenção ou sua saída do bloco, tendo a saída vencido por curta margem. Desde então, os preparativos para a retirada são realizados, sem, contudo, existir uma segurança de que isso realmente acontecerá, dadas às pressões e a hesitação que tem marcado o processo.

2. AS INOVAÇÕES DECORRENTES DA INTENSIFICAÇÃO DA PARCERIA

Dada a forma como o bloco se construiu, é possível verificar uma visível motivação econômica no aumento das interações entre os países que formam a União Europeia. Enquanto integração econômica, a União Europeia é uma união econômica e monetária. Eduardo Biacchi Gomes, ao discorrer sobre os estágios da integração regional, define algumas das características dessa forma de organização, como a adoção de uma moeda única e a livre circulação de pessoas, além da necessária instituição de um Banco Central, capaz de adotar políticas macroeconômicas a serem observadas pelos Estados (2014, p. 79). A União Europeia é o único bloco regional a atingir tal estágio. Não obstante, cumpre frisar a imperfeição dessa união, já que nem todos os países aderiram ao Euro, como explica Paulo Roberto de Almeida (2013, p. 49).

O Banco Central Europeu é responsável pela administração da moeda única, o Euro. Gere a política monetária europeia, nos moldes de um banco central nacional, tendo iniciado seus trabalhos em função de seu estabelecimento no Tratado de Lisboa de 2007. Nessa seara, também é crucial a regulação exercida pelo Conselho Europeu, por meio de seu conselho para assuntos econômicos e financeiros. Formado pelos chefes de Estado e de Governo dos Estados membros, constitui um foro de decisão sobre as diretrizes a serem tomadas (VARELLA, 2014, p. 397).

No plano político seus avanços são igualmente marcantes. Um reflexo dessa movimentação foi a abertura de fronteiras entre os países signatários do Tratado de Schengen. A plena liberdade de entrada e saída, salvo em localidades específicas, entre os Estados participantes do Acordo ou Tratado de Schengen surge como um paradigma da integração. Criado em 1985, o texto flexibiliza a circulação de nacionais dos 26 países onde

vigora. Cumpre ressaltar que algumas dessas nações não compõem a União Europeia: Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça. Nesse sentido, a comunhão que essa convenção propaga mantém um canal de diálogo que possa, por ventura, resultar na entrada destes três países no bloco. No sentido inverso, seis países não adotaram esse texto, mas fazem parte da União Europeia: Irlanda, Reino Unido, Romênia, Bulgária, Chipre e Croácia. Não obstante esse e outros casos excepcionais, "há uma tendencial identificação entre o 'Espaço Schengen' e a União Europeia" (LAUREANO; RENTO, 2014, p. 6).

A abertura das fronteiras estre os países onde o tratado é vigente possui boa aceitação entre seus cidadãos. Segundo dados de 2015 da Comissão Europeia, quando perguntados em pesquisa acerca do ponto mais positivo resultante da União Europeia, 25% dos entrevistados afirmaram ser a liberdade de movimentação, a segunda opção mais considerada, atrás apenas do sentimento de paz (STOHR, p. 3-4).

3. A IDEIA DE SUPRANACIONALIDADE E O DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

Os avanços na instituição do Espaço Schengen foram significativos. A ideia de um continente praticamente sem fronteiras evoca o sentimento de comunidade, sempre contraposto ao conceito de sociedade vigente no plano internacional. Passou a existir uma ligação maior entre o cidadão do continente, um laço que o faz sentir-se, além de espanhol, italiano ou francês, um europeu. Construiu-se uma noção de supranacionalidade.

A supranacionalidade é inegavelmente uma característica marcante da União Europeia. A soberania se configura como um dos preceitos mais caros das relações internacionais. Anteriormente, uma tentativa de mitigar essa qualidade dos Estados seria quase uma declaração de guerra. A anexação

nazista de regiões europeias como os Sudetos muito influenciou no início da Segunda Guerra Mundial. Portanto, esse ideal que irradia o conceito de supranacionalidade, onde os Estados assentem a existência de um organismo com prerrogativas cuja superioridade os obriga a acatar certas decisões tomadas em conjunto com outras nações representa claramente uma evolução no convívio humano. Sobre o assunto, Eduardo Biacchi Gomes (2014, p. 91) descreve a supranacionalidade como “a existência de um ordenamento jurídico que está acima dos ordenamentos jurídicos dos Estados”. Hoje, o Parlamento Europeu é um dos pilares da União Europeia que melhor materializa a ideia de supranacionalidade.

Como bem explica Demétrio Magnoli (2012, p. 540), a função do Parlamento Europeu é fiscalizar os atos da Comissão Europeia, que encarrega-se da gestão cotidiana dos assuntos comunitários, e também legislar, mesmo que essa capacidade seja limitada. Evidentemente, é limitada porque a cessão da soberania não é plena, mas parcial. Tem sua sede principal em Estrasburgo, e seus postos são preenchidos por eleição direta desde 1979, fato que evidencia o grau de integração local. Acrescenta Paulo Henrique Goncalves Portela (2015, p. 1033) que o número máximo de parlamentares é 751, que estes têm um mandato de 5 anos, e que, por representarem a população, e não o Estado, sua representação é proporcional ao número de habitantes do país de origem do eurodeputado. Ensina ainda que todos gozam de imunidade parlamentar. Sobre o tema do controle por este exercido, Paulo Borba Casella (2012, p. 472) menciona algumas de suas atribuições, como a intervenção no processo de revisão de tratados, na celebração de acordos internacionais, na elaboração do direito comunitário derivado (o ordenamento jurídico comunitário que não inserido no tratado

constitutivo originariamente), e na elaboração e fiscalização orçamentária. Como já dito, seu primeiro presidente foi Robert Schuman, que, juntamente com Jean Monnet, é considerado um dos "pais" da Europa. Seu atual presidente é o italiano Antonio Tajani, no cargo desde janeiro do ano corrente.

O Parlamento Europeu foi criado em 1952, ainda na vigência da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, enunciado no seu tratado constitutivo. Posteriormente, com o Tratado de Lisboa de 2007, suas atribuições alcançaram sua configuração atual. Nos termos do seu artigo 9 º:

> *Artigo 9.º-A*
>
> 1. O Parlamento Europeu exerce, juntamente com o Conselho, a função legislativa e a função orçamental. O Parlamento Europeu exerce funções de controle político e funções consultivas em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados. Compete-lhe eleger o Presidente da Comissão.
>
> 2. O Parlamento Europeu é composto por representantes dos cidadãos da União. O seu número não pode ser superior a setecentos e cinquenta, mais o Presidente. A representação dos cidadãos é degressivamente proporcional, com um limiar mínimo de seis membros por Estado-Membro. A nenhum Estado-Membro podem ser atribuídos mais do que noventa e seis lugares.
>
> O Conselho Europeu adota por unanimidade, por iniciativa do Parlamento Europeu e com a aprovação deste, uma decisão que determine a composição do Parlamento Europeu, na observância dos princípios referidos no primeiro parágrafo.

> 3. Os membros do Parlamento Europeu são eleitos, por sufrágio universal direto, livre e secreto, por um mandato de cinco anos.
> 4. O Parlamento Europeu elege de entre os seus membros o seu Presidente e a sua Mesa.

É visível, portanto, a complexidade desenvolvida pela União Europeia. Dado a esse aprofundamento da noção de integração, é tida como o único modelo vigente para o estudo do Direito Comunitário.

Marcilio Franca aponta algumas características no Direito Comunitário. São elas a autonomia, pela qual o sistema jurídico independe do ordenamento interno dos Estados-membros da comunidade; o estruturalismo, por onde se uma organização institucional supranacional a exercitar um verdadeiro poder constituinte; um efeito impositivo, qual seja, a imperatividade, a obrigatoriedade da norma comunitária aos Estados-membros; a primazia, por sua sobreposição aos ordenamentos nacionais, o efeito direto, em decorrência da eficácia imediata de suas normas; e a uniformidade de interpretação e aplicação, por meio da qual se busca a harmonização do entendimento sobre a aplicação de seus dispositivos (2002, pp. 68-72).

Instituição cuja relevância pede menção para uma melhor compreensão da ideia de direito comunitário é o Tribunal de Justiça da União Europeia. Sobre esta corte, existente desde a Comunidade Econômica Europeia, ensina Alberto do Amaral Júnior que tem como finalidade justamente a interpretação e aplicação do direito comunitário. Apesar de atuar com o propósito de manter íntegra a ordem jurídica, não se admite que anule leis e atos administrativos adotados pelos Estados, e nem mesmo a revisão de medidas internas que contrariem as normas da União (AMARAL JÚNIOR, 2015, pp. 498-499).

Assim, de tal forma evoluiu a integração regional que passa a existir um ordenamento e um Judiciário paralelos ao estatal, a despeito de este sobrepor-se de maneira justificadamente limitada, sob pena de subjugar a autoridade estatal.

4. OS DESAFIOS DA UNIÃO EUROPEIA

Se a União Europeia passa atualmente por forte contestação, é porque fracassa em determinados aspectos. Atualmente, ponto de grande repercussão é a questão migratória.

A Europa sempre recebeu migrantes oriundos de suas ex-colônias. Contudo, o problema do excesso de imigrantes atingiu níveis alarmantes em virtude dos conflitos no Oriente Médio e dos problemas sociais na África. São milhões de deslocados entrando no continente em busca de segurança e perspectiva de vida, continente esse com taxas altas de desemprego em muitos de seus países, sem condições de absorver esses novos grupos e inseri-los dignamente na vida local.

Nesse contexto, deve-se frisar alguns pontos. O primeiro é a porosidade das fronteiras dos países inseridos no espaço Schengen, facilitando deslocamentos desses grupos entre o país que os acolha para outros Estados relutantes quanto ao seu acolhimento. Assim, a despeito de a costa do Mar Mediterrâneo configurar-se como a principal porta de entrada de migrantes, a Alemanha tem sido seu principal destino, suportando o acolhimento em excesso, levando ao segundo ponto a ser mencionado. O acolhimento dessas massas populacionais deveria ser equitativamente distribuído entre os membros da União Europeia, e não o é, provocando em poucos países o dever de suportar quase a totalidade do ônus (que não deve ser ignorado, a despeito do caráter humanitário da acolhida). Essa situação tem promovido fortes reações entre os países acolhidos, acentuando não apenas às críticas aos países

que não auxiliam devidamente na solução do problema, cujo descontentamento se reflete no aumento da crença de que a União Europeia é um estorvo para o país, como também a xenofobia contra esses estrangeiros, permitindo até mesmo a ascensão de partidos políticos extremistas.

Acerca das dificuldades econômicas, cumpre ressaltar a crise da dívida pública dos países da zona do Euro. A crise desenvolveu-se em função das dificuldades de pagamento e refinanciamento pelos Estados de sua dívida pública em função de seu endividamento. Esse contexto, além de promover o desaquecimento das economias do bloco, provocou tensão entre seus membros, como o caso de Alemanha e Grécia, onde a primeira, uma das principais credoras da segunda, a forçava a tomar medidas de austeridades por ela recusadas, gerando desentendimentos que quase culminaram na saída grega da União Europeia.

No decorrer dessas dificuldades, o continente europeu ainda vivencia o silencioso, mas constante problema do terrorismo, que, se por um lado, promove um sentimento de solidariedade que reforça os laços entre os europeus, por outro mantém a região em tensão, intensificando o peso de problemas como a questão dos migrantes em seu território.

CONCLUSÃO

Buscou-se inicialmente demonstrar a complexidade na construção da União Europeia. Para tanto, foi traçado breve panorama histórico de sua evolução, até o mais recente Tratado de Lisboa, reformador do bloco.

Em seguida, foram apresentadas algumas inovações ocorridas pioneiramente na região. Entre elas, a instituição de uma união econômica e monetária, cuja política macroeconômica é gerida por um banco comum aos seus partícipes, e de uma zona de livre circulação de indivíduos, baseada na

porosidade de suas fronteiras, frequentemente sem distinções mais definidas que uma simples placa de trânsito.

A seguir, passou-se por tema reputado como essencial para a compreensão da organização do grupo, a noção de supranacionalidade, e a instituição de um Direito Comunitário, pressupostos cruciais para consolidar a regulamentação do bloco, por meio de instituições como o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça.

Finalmente, foram apresentados alguns comentários sobre os problemas contemporâneos da região, enfatizando a contribuição que estes dão ao questionamento da União Europeia para o futuro.

Apesar de reconhecer os problemas por que passa a União Europeia, acredita-se na sua manutenção. Isto por entender o sucesso na consecução de seu principal objetivo: a manutenção da paz na Europa. Se a história da Europa é a história das guerras, essa realidade parece mudar desde a instituição do grupo. É pela composição que seus membros superarão suas adversidades, e por isso ela deve ser mantida. Nesse sentido, reforça-se o caráter inovador de suas construções nesse trabalho apresentadas como uma demonstração do esforço de construção dessa paz, reflexo inspirador dos ganhos que a diplomacia e a composição das disputas pode oferecer.

Assim por trazer a perspectiva de uma longuíssima manutenção da paz na Europa é que se acredita no sucesso da União Europeia até aqui, e na sua manutenção bem-sucedida para o futuro.

BIBLIOGRAFIA

ADEMMER, Esther, BARSBAI, Toman, LUCKE, Matthias, STOHR, Tobias. 30 Years of Schengen: Internal blessing, external curse? **Kiel Policy Brief**, n. 88. Kiel: Kiel Institute

for the World Economy, 2015. Disponível em: <http://www.econstor.eu/handle/10419/111390 >. Acesso em 07 nov. 2015.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Integração Regional**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2013.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASELLA, P. B. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCA FILHO, M. T. **Introdução ao Direito Comunitário**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GOMES, E. B. **Manual de Direito da Integração Regional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

KISSINGER, Henry**. Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

LAUREANO, Abel, RENTO, Altina. Perspectivas do "Espaço Schengen" do Continente Europeu: liberdade, segurança, ambas ou nenhuma? **Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD**. Dourados, v. 3. N.6, jul./dez., 2014. Disponível em <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/monções>. Acesso em 07 nov. 2015.

LESSA, Antônio Carlos. **História das Relações Internacionais I**: A Pax Britannica e o mundo do século XIX. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MAGNOLI, Demétrio. **Geografia para o ensino médio.** 2 ed. São Paulo: Atual, 2012.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **A União Europeia: os desafios, a crise e o futuro da integração**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PORTELA, P. H. G. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ROMANO, Roberto. Paz da Westfália. In: MAGNOLI, Demétrio (Org.). **História da Paz**. São Paulo: Contexto, 2013.

SARAIVA, J. F. S. **História das Relações Internacionais Contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX a era da globalização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

União Europeia. **Tratado de Lisboa de 2007**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2007.306.01.0001.01.POR>. Acesso em 10 nov. 2015.

VARELLA, M. D. **Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PLURISSOCIETÁRIA POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL

Gabriel Coutinho Galil

INTRODUÇÃO

A insuficiência das normas de Direito Comercial e Internacional frente à atuação das empresas transnacionais, não é um debate novo no universo jurídico. Pelo contrário, ocupam um significativo espaço no âmbito das Nações Unidas desde a década de 70. No entanto, percebe-se que as respostas oferecidas até o momento se apresentam na forma de normas dispositivas (*soft law*) como regras de conduta das sociedades empresárias, ou mesmo normas internacionais não cogentes (como os *UN Guidind Principles on Business and Human Rights)*. Ocorre que, a regulação por meio de "lei branda" em situações tão díspares de poder, tal qual a relação empresa transnacional/credores involuntários, resulta em situações de apropriação e violência para o polo mais fraco (SANTOS, 2007, p. 82), diante de um padrão dos agentes econômicos, reforçado pela teoria microeconômica, de comportamento abusivo (SALOMÃO, 2015, p. 156). A ausência de regulação

se agrava com os modelos plurissocietários das Transnacionais. Isto é, sua organização em arranjos complexos de diversas sociedades empresárias de responsabilidade limitada espalhadas ao redor do globo. Somada a essa fragmentação societária e jurisdicional coloca-se o vazio normativo sobre a responsabilidade de empresas plurissocietárias transnacionais e o cenário de recorrentes violações de Direitos Humanos por parte delas. Partindo dessa problemática, o trabalho analisa possíveis instrumentos internacionais para suprir essas lacunas.

De modo a guiar e integrar as leituras e avanços realizados no presente trabalho, valer-se-á da teoria da externalização dos riscos empresariais por meio da autonomia patrimonial e de sua suplementação, nos casos de empresas transnacionais, pelo véu jurisdicional (MUCHILINSKI, 2010, p. 920).

A partir de tal referencial teórico, trabalha-se com a hipótese da necessidade de normas internacionais de caráter vinculante para a regulação dos agentes corporativos e a efetiva tutela dos Direitos Humanos.

1. MODELOS INTERNOS DE RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

O regime da responsabilidade das empresas plurissocietárias ainda coloca-se como uma questão nodal e não resolvida para o direito societário contemporâneo(ANTUNES, 2005), ainda que no plano interno. Existem três grandes modelos de responsabilização dos grupos societários que serão apresentados brevemente a seguir.

O primeiro modelo é o modelo norte americano, que gravita em torno da autonomia jurídica das sociedades empresárias componentes do grupo. Assim, mesmo que essas sociedades formem uma só empresa, a autonomia de cada ente moral se preserva, de forma que a responsabilização da

sociedade-mãe por uma de suas subsidiarias somente ocorre por meio da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que nesse contexto tem sua utilização de forma restrita e excepcional (ANTUNES, 2005). Em tal situação, é necessário um amplo esforço probatório para demonstrar o efetivo controle da sociedade-mãe sobre uma de suas subsidiárias, algo que muitas vezes não é acessível para os credores involuntários. Assim, torna-se possível a externalização do risco empresarial através da interposição de um ente moral entre a sociedade controladora e as possíveis vítimas, dificultando a responsabilização dos causadores de danos. Dessa maneira, uma possível alternativa ao *separate entity docrine* a adoção do *enterprise based approach*, que estipula a presunção de controle da sociedade subsidiaria pela sua sociedade-mãe (MUCHLINSKI, 2010). No entanto, essa alternativa não encontra aplicação prática, sendo a doutrina da autonomia jurídica ainda amplamente adotada no sistema do *common law*.

Assemelhando-se a essa alternativa não adotada no contexto norte-americano, a legislação da União Europeia nos anos 70 e 80 tentou criar um modelo comum de regulação das sociedades empresárias, estipulando o regime de responsabilidade ilimitada da sociedade-mãe em relação a suas subsidiarias, perspectiva baseada no poder de controle da atividade empresarial e da unidade econômica do grupo. Entretanto, esse modelo alternativo ampliou demasiadamente a responsabilidade da controladora, de modo que qualquer obrigação assumida por uma subsidiária poderia ser cobrada da controladora, ou seja, abrangeu também credores voluntários. Além desse excesso de imputação de responsabilidade na sociedade controladora, o modelo também não contemplava, adequadamente, grupos cujo controle societário fosse mais pulverizado.

A terceira forma de regulação dos grupos societários é o modelo dual germânico, que foi importado para o Brasil por meio da LSA (BRASIL, 1976). Nesse sistema, estabelece-se como "sistema de compensação global e automático do passivo das filiais, estabelecido 'ex ante', no caso dos grupos de direito ou um sistema de compensação pontual e casuístico, apenas constatável 'ex post', no caso das filiais dos grupos de facto"(ANTUNES, 2005 p. 46). O modelo também não é isento de críticas, principalmente por adotar uma divisão tão rígida entre grupos de direito e de fato, que não condiz com a realidade. No caso brasileiro ocorreu a ampla adoção do modelo de grupos de fato, que privilegiam a doutrina da autonomia jurídica das sociedades, tornando os grupos de direito verdadeira letra morta da lei (PRADO, 2005). A LSA traz, ainda, importante cláusula geral de responsabilidade do acionista controlador, que pode ser pessoa física ou jurídica, no artigo 116, parágrafo único, que pode ser aplicada para imputar a sociedade controladora, diretamente, a responsabilidade por danos de suas subsidiarias. Todavia, o referido dispositivo, importante expressão da teoria institucionalista no ordenamento brasilieiro, carece de efetividade na prática judiciária.

Na ausência de um modelo adequado de responsabilidade da empresa plurissocietária, há a manutenção do utilização da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a sociedade controladora é responsável por condutas abusivas realizadas por suas subsidiárias, como uma espécie de "panaceia universal" (ANTUNES, 2005 p. 41). No caso brasileiro, percebe-se que a desconsideração deixa de ser uma exceção episódica, como ocorre na *common law*, com uma grande rigidez de sua aplicação, tornando-se cada vez mais comum, com se observa pela elaboração da teoria menor da desconsideração nos âmbitos consumerista e ambiental (TOMAZETTE, 2012).

No entanto, ainda que a Teoria Menor possibilite a responsabilização empresarial de estruturas plurissocietárias em casos de violações de Direitos Humanos, essa responsabilidade fica circunscrita ao território nacional. Isto é, quando se trata de Empresas Transnacionais os afetados pela atividade corporativa encontram-se em situações de difícil acesso à remédios jurídicos que responsabilizem devidamente os entes violadores de Direitos Humanos.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL: DIFICULDADES E PERSPECTIVAS

O cenário de fragmentação societária e jurisdicional das sociedades empresárias transnacionais se soma a diversos outros elementos, fáticos e normativos, que distanciam cada vez mais as vítimas de violações de Direitos Humanos por transnacionais de sua devida reparação. Esse conjunto de fatores, que possibilitam a manutenção da impunidade das Empresas Transnacionais, conduzirá a segunda parte do trabalho, na qual será tratada a questão da responsabilidade empresarial no contexto internacional. A partir do histórico das tentativas de regulação até o marco dos Princípios Orientadores, das dificuldades da elaboração de um tratado vinculante e dos *gaps* regulatórios, serão apresentados elementos que contribuem no processo de responsabilização das Transnacionais

2.1 O HISTÓRICO DA REGULAÇÃO EMPRESARIAL TRANSNACIONAL

A necessidade de coibir condutas abusivas por parte desses atores internacionais ocupa a pauta das Organização das Nações Unidas (ONU) desde anos 70, ganhando destaque com o emblemático discurso de Salvador Allende na Assem-

bleia Geral em 1972 (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 37). Os anos que se seguiram foram marcados pelos esforços de edição de marcos normativos vinculantes que estipulassem obrigações diretas às Transnacionais. No entanto, durante toda essa trajetória de limitação da atuação das Transnacionais, observam-se grandes esforços por parte delas, na tentativa de estabelecer um marco voluntarista, colocando-se como fiscais de suas próprias condutas.

A disputa pelo estabelecimento de normas regulatórias se iniciou em 1974, com o estabelecimento do Centro das Nações Unidas sobre Corporações Transnacionais (UNCT), que buscava elaborar um instrumento jurídico vinculante para esses atores (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 39),. A primeira resposta a esse esforço foi a edição do documento *Guidelines for Multinational Enterprises* pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais por parte da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ambos os documentos eram baseados na lógica voluntarista. Isto é, não eram normas vinculantes. Posteriormente, a partir da metade dos anos 90, as Transnacionais voltaram sua atenção e seus esforços políticos para as Nações Unidas. É importante ressaltar que, concomitantemente a esse processo, ocorria a grande expansão do neoliberalismo para os países em desenvolvimento com o corolário do Consenso de Washington (BERRON, 2016, p. 150). Como resultado, o Centro foi dissolvido e as Transnacionais passaram de violadoras de direitos a promotoras do desenvolvimento sob a ótica da ONU.

O voluntarismo restou vitorioso novamente com a edição do Pacto Global em 1999, iniciativa que contou a participação das próprias Transnacionais e não continha nenhum instrumento de *accountability*, apostando somente na autorregu-

lação. O Pacto permitiu que as Transnacionais marcadas por violações de Direitos Humanos fossem certificadas pela ONU como cooperantes, simplesmente por serem suas signatárias. Com isso, criava-se a ideia da Responsabilidade Social Corporativa (RSC), pautada na autorregulação e utilizada pelas empresas como estratégia de publicidade, não possuindo nenhuma eficácia substantiva na proteção de direitos individuais (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 42-43).

Ainda no ano da criação do Pacto Global, a Sub-Comissão de Direitos Humanos da ONU iniciou o processo de discussão sobre a criação de um tratado vinculante para as Transnacionais, estabelecendo sua responsabilidade direta ou de forma conjunta com os Estados. Esse processo deu origem às denominadas *UN Draft Norms*. Em 2004, seguindo o trâmite interno da ONU, as normas foram rejeitadas pela Comissão de Direitos Humanos, que resolveu apontar um representante especial do Secretário Geral para a matéria em questão.

No ano de 2005, um dos idealizadores do Pacto Global, John Ruggie, foi apontado para o cargo. Nos anos seguintes, ele editou diversos relatórios questionando até mesmo existência de violações por parte das ETNs (ZUBIZARRETA;RAMIRO, 2016 p. 49) e negando qualquer possibilidade de imposição de obrigações a elas. Em 2011, em seu relatório final, o representante especial editou os Princípios Orientadores em Empresas e Direitos Humanos, que foram prontamente aprovados pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. O documento repete a lógica voluntarista do Pacto, reforçando as obrigações de Direitos Humanos somente aos Estados enquanto as ETNs deveriam meramente respeitá-los, valendo-se de um jogo de linguagem para evitar qualquer responsabilidade internacional das empresas (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 49-55).

A estratégia de implementação dos Princípios Orientadores, traçada pelo Grupo de Trabalho em Empresas e Direitos Huma-

nos na ONU em 2012, se dá por meio do incentivo a criação de Planos Nacionais de Ação. Esses planos seriam conjuntos normativos estabelecidos no direito interno de cada país, adaptando o conteúdo dos Princípios a cada realidade nacional. No entanto, essa estratégia é falha, principalmente, ao tentar regular as Transnacionais por meio do direito interno, sendo que um dos maiores fatores de sua impunidade é seu caráter transfronteiriço.

Diante do cenário de impunidade que ainda se perpetua, uma nova tentativa de elaboração de um tratado vinculante foi iniciada pela Resolução *A/HCR/26/9* do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em junho de 2014. Desse modo, um grupo de trabalho intergovernamental, juntamente com a sociedade civil transnacional, ocupa-se atualmente da tentativa de elaboração de um tratado que possibilite encerrar esse ciclo de violações.

2.2 A EXTRATERRITORIALIDADE E A NACIONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA

A partir da pulverização da estrutura das Transnacionais no espaço global, parte da doutrina[2] se posiciona no sentido de que o estado que abriga a sociedade-mãe de uma Transnacional deve ter a obrigação de fazê-la respeitar os Direitos Humanos não somente em seu território, mas em qualquer lugar em que essa exerça sua atividade. A capacidade do estado exercer esse poder seria chamada de extraterritorialidade (DE SCHUTTER, 2014). A extraterritorialidade ampliaria a possibilidade

2. CETIM, Centro Europa- Tercer Mundo. *La Impunidade de Las Empresas Transnacionales*. Genebra, 2016; DE SCHUTTER, Olivier. Towards a new treaty on business and human rights. *Business and Human Rights Journal.* Cambridge: Cambridge University Press. v. 1 (2015), pp 41-67; ICJ, International Comission of Jurists. *Proposals for Elements of a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. Genebra, 2016; URIBE, Daniel. A Prospective Legally Binding Instrument on TNCs and Other Business Enterprises In Regard to Human Rights: Addressing Challenges to Access to Justice Faced by Victims. *South Centre Policy Brief*. n. 31. out. 2016; ZUBIZARRETA, Juan; RAMIRO, Pedro. *Against the "Lex Mercatoria".* Madrid: Omal, 2016.

de responsabilização de grupos empresariais transnacionais na medida em que o estado de origem teria o dever de exercer a jurisdição nos casos em que o estado no qual sua subsidiária, (ou uma joint venture) se estabelece não consegue impedir ou reparar os abusos cometidos (DE SCHUTTER, 2006 p.1).

No entanto, a definição da nacionalidade da subsidiária ou de uma joint venture estabelecida em outra jurisdição, que supõe a criação de uma nova pessoa jurídica, fica a critério da legislação nacional de outro país. A falta de um critério de nacionalidade da pessoa jurídica no Direito Internacional dificulta o estabelecimento da extensão da obrigação extraterritorial do estado e, assim, mantém a lógica da impunidade.

Os principais critérios de definição da nacionalidade da pessoa jurídica e, consequentemente, da legislação e jurisdição aplicáveis são: do estado que autoriza sua criação, do local de nacionalidade dos principais sócios ou da maioria do capital votante, do estado de nacionalidade de diretores e administradores, do estado em que o capital social tenha sido subscrito e do estado em que a pessoa jurídica foi constituída (PASQUOT, 2016 p. 264). Dentre esses, o Brasil adotou o último critério, como estabelecido no artigo 11 da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB).

Diante desse cenário, duas mudanças se impõe: o estabelecimento da previsão da extraterritorialidade em casos de violações de Direitos Humanos por Transnacionais e a da adoção, pelo Direito Internacional, de critérios para a estipular a nacionalidade da personalidade jurídica.

Em relação à primeira necessidade, não seria ineditismo no Direito Internacional a inclusão da extraterritorialidade em um instrumento vinculante, uma vez que essa já se faz presente na Convenção Internacional de Combate ao Financiamento do Terrorismo e na regulação da União Europeia de tráfico huma-

no e crimes sexuais (DE SCHUTTER, 2006). No âmbito dos trabalhos do atual grupo intergovernamental para a elaboração do tratado duas principais alternativas de extraterritorialidade se destacam. A primeira alternativa seria a de reconhecer a obrigação do estado que é sede da sociedade-mãe exercer o controle, em matéria de Direitos Humanos, sobre todas as subsidiárias daquela Transnacional. Esse controle se justificaria na medida em que a nacionalidade da sociedade seria definida pelo critério de nacionalidade de seus acionistas e/ou controladores, respeitando o princípio da personalidade ativa.

A outra proposta de regulação do tratado é chamada de *parent-based extraterritorial regulation*. Nessa, a obrigação de respeito a Direitos Humanos é imposta pelo estado à sociedade controladora e ela, por sua vez, tem o dever de fiscalizar suas subsidiárias no mesmo sentido. Essa proposta "moderada" (DE SCHUTTER, 2015 p. 47) deve contar com rigorosa fiscalização sob pena de se apostar novamente no voluntarismo da auto-regulação que se mostra ineficiente. A principal vantagem desse último modelo seria uma maior aceitação pela política internacional, compatibilizando-se mais facilmente com o direito de soberania dos estados que abrigam as filiais, uma vez que não haveria exercício direto de jurisdição estrangeira sobre uma pessoa jurídica domiciliada em seu território (DE SCHUTTER, 2015, p. 48).

A necessidade da atuação extraterritorial dos estados em matérias de Direitos Humanos ganhou forte reconhecimento com a edição dos Princípios de Maastricht sobre Obrigações Extraterritoriais na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reconhecendo esse dever estatal a partir do estabelecido dever do estado de proteger os Direitos Humanos, aliado ao caráter universal desses direitos. Dentre as causas que motivaram a edição dos princípios, é elencada a falta de

responsabilização das Transnacionais. Os princípios, no entanto, não possuem força vinculante, sendo um documento elaborado pela Comissão Internacional de Juristas, juntamente com especialistas e a sociedade civil, mas reforçam a necessidade de serem positivadas as obrigações extraterritoriais no tratado vinculante em processo de elaboração na ONU.

2.3 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Nos casos em que a jurisdição nacional não é suficiente para a proteção dos Direitos Humanos frente às violações cometidas por Transnacionais, a cooperação jurídica internacional é um meio de realizar diligências e executar decisões em outras jurisdições.

A cooperação jurídica internacional é entendida como o complexo de normas que regulam o intercâmbio e a colaboração entre os estados ou entre um estado e uma organização internacional, com objetivo de facilitar o acesso à justiça (CARVALHO RAMOS, 2013, p. 624). No que tange à regulação de empresas transnacionais, a falta de cooperação jurídica é colocada como uma das maiores causas de impunidade desses agentes, como se observa:

> One major source of impunity for transnational corporations which commit human rights violations is that the States concerned generally do not lend themselves such assistance, for instance in order to take evidence, to perform searches and seizures, to freeze or to recover assets following a judgment favorable to the victims. (DE SCHUTTER, 2015 p. 6).

Assim, na dinâmica globalizada, nem sempre o afetado pela atividade de uma sociedade empresária se encontrará na mesma jurisdição que possui competência para processá-la. Ou, ain-

da, a jurisdição em que o processo se realiza, pode não ter competência sobre os bens da sociedade ré, ou sobre o local onde as evidências devem ser colhidas. Diversos são os exemplos nos quais a cooperação jurídica internacional é indispensável para a responsabilização de Transnacionais, colocando-a como um pilar central em uma dinâmica de combate à impunidade.

A implementação de obrigações extraterritoriais, tratadas no tópico anterior, e a possível criação de um centro e uma corte para monitoramento das Transnacionais (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016, p. 89-90) tornará ainda mais intenso esse intercambio processual para a responsabilização de grupos transnacionais e a necessidade de cooperação.

Nesse sentido, um instrumento vinculante teria que reforçar o dever de cooperação entre os estados e organizações internacionais e, ainda, conter disposições para tornar a cooperação mais célere e eficaz. Para isso, o instrumento deverá trazer meios de dispensa do trâmite comum para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias e para a homologação de decisões estrangeiras em matéria de Direitos Humanos e Empresas.

No entanto, mesmo estabelecendo um trâmite diferenciado para a cooperação jurídica nos casos de violações de Direitos Humanos por Transnacionais, um óbice ainda se faz presente: a autonomia entre as sociedades controladoras e suas subsidiárias integrais ou, no caso desse trabalho, joint ventures, estabelecidas em outros estados.

Um dos mais graves casos de violações de Direitos Humanos por empresas ocorreu no Equador, perpetrado pela sociedade empresária Chevron. As cortes equatorianas condenaram a Chevron em nove bilhões de dólares para a reparação das comunidades afetadas. Entretanto, à época da condenação a sociedade já havia se retirado do Equador, levando os afetados a tentarem o reconhecimento da decisão em outras jurisdições

onde a Chevron tivesse sede. Todavia, o grupo Chevron usa a fragmentação societária em sua defesa, alegando que não há ligação entre a subsidiária do Equador e as outras sociedades, impossibilitando a execução da decisão (CETIM, 2016 p. 47-51)

Assim, apesar de no direito interno a teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica ter apresentado uma resposta eficaz no caso Samarco, não há na ordem jurídica internacional instituto semelhante. Dessa maneira, um instrumento jurídico vinculante deve conter disposições sobre a responsabilidade da empresa plurissocietária.

2.4 A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PLURISSOCIETÁRIA NA ORDEM INTERNACIONAL

Como foi abordado no tópico **1**, o regime de responsabilidade da empresa plurissocietária coloca-se como um dos grandes enigmas do Direito Societário atual. O caráter transfronteiriço da atividade empresarial transpõe esse paradoxo regulatório para o Direito Internacional, no qual também não se encontram respostas efetivas para o estabelecimento de um regime de responsabilidade da empresa plurissocietária.

O instrumento vinculante em discussão nas Nações Unidas não deve ter a pretensão de sanar esse paradoxo de forma definitiva no Direito Internacional, tendo em vista que ele tem o escopo de regular as atividades das Transnacionais em face das violações de Direitos Humanos. Contudo, não se deve deixar de apresentar uma resposta efetiva nesses casos, garantindo a tutela dos Direitos Humanos.

Assim, o regime contido no instrumento não será, necessariamente, transposto para áreas como o Direito do Comércio Internacional ou o Direito Internacional dos Investimentos, uma vez que será concebido para regular casos do Direito

Internacional dos Direitos Humanos, nos quais as partes se encontram em posições de grande assimetria de poder. Nesse diapasão, coloca-se como necessário um sistema com semelhança ao modelo europeu apresentado no tópico **1**.

Isto é, para garantir o combate à atual arquitetura da impunidade, o modelo mais eficaz seria baseado na presunção da unidade econômica do grupo econômico, desconsiderando a autonomia patrimonial e jurídica das subsidiárias e joint ventures. Isso porque, considerando a disparidade entre as partes litigantes, não se deve exigir que os afetados demonstrem a ligação entre a subsidiária e a controladora, mas sim que o agente econômico demonstre a ausência dessa ligação. Dessa maneira, as sociedades controladoras responderiam objetivamente pelos danos causados pelas outras sociedades que compõem seu arranjo societário, exceto quando comprovado cabalmente que a sociedade violadora de Direitos Humanos não possui nenhum vínculo com a controladora. Estabelecer-se-ia, então, tanto uma norma material de responsabilidade objetiva da controladora por suas subsidiárias, excepcionada em casos extremos, como uma norma processual, estabelecendo para a sociedade empresária a obrigação de comprovar a ausência de ligação econômica.

Da mesma forma, a presunção de unidade do grupo econômico evita que a alegação de autonomia jurídica e patrimonial seja um óbice à cooperação jurídica internacional, possibilitando a superação tanto da autonomia patrimonial, quanto do véu jurisdicional.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou reunir elementos para contribuir com uma consolidação normativa de um regime internacional de responsabilidade das Empresas Transnacionais Plurissocietárias, guiado pelo marco teórico do *jurisdictional veil*.

Para tal, realizou-se, primeiramente, uma revisão bibliográfica do tratamento da responsabilidade empresarial no plano nacional, por meio da explanação dos modelos mais adotados.

Em seguida seguiu-se para análise desse regime de responsabilidade no plano internacional, destacando seus principais desafios e sugestões para a construção de um conjunto normativa que possibilite a devida tutela dos Direitos Humanos.

A partir do histórico do tema nas Nações Unidas, apontou-se a necessidade de um instrumento vinculante que regule as Empresas Transnacionais e também os pontos específicos desse instrumento que possibilitem a superação dos *accountability gaps*. Essas sugestões, a saber, as obrigações extraterritoriais, a cooperação jurídica internacional e regras de presunção de controle, foram traçadas a partir dos pontos deficitários já elencados pela doutrina.

Dessa maneira, o trabalho buscou contribuir para a temática de Direitos Humanos e Empresas a partir da reunião de elementos normativos que possibilitem a regulação de atores internacionais de grande poder lesivo, as Transnacionais, e a garantia da primazia dos Direitos Humanos na ordem internacional.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório. *Revista Direito GV*. n.1 vol. 2. 2005. p. 29 – 68.

BERRÓN, Gonzalo. Derechos humanos y empresas transnacionales: una discusión urgente. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, nº 264, p.147-158, 2016

CARVALHO RAMOS, André de. O novo Direito Internacional Privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo. v.108, p.621-647. jan/dez 2013

CETIM, Centro Europa-Tercer Mundo. *La Impunidade de Las Empresas Transnacionales.* Genebra, 2016

DE SCHUTTER, Olivier. Towards a new treaty on business and human rights. *Business and Human Rights Journal***.** Cambridge: Cambridge University Press. v. 1, 2015, pp. 41-67

MUCHLISNKI, Peter. *Limited liability and multinational enterprises: A case for reform?* Cambridge Journal of Economics, n.34 v.5. 2010, p. 915–928

PRADO, Viviane Muller. Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV.* vol.1 n.2. 2005. p. 5 – 28.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Teoria CriticoEstruturalista do Direito Comercial*.1a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015

SANTOS, Boaventura Sousa de. Para além do Pensamento Abissal. *Revista Novos Estudos*. n. 77. Nov. 2007, p. 71 – 94.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial:* Teoria Geral e Direito Societário. vol.1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. *Against the 'Lex Mercatoria'*: proposals and alternatives for controlling transnational corporations**.** Madrid: OMAL, 2016.

GLOBALIZAÇÃO E MEIO AMBIENTE

MADSON ANDERSON CORRÊA MATOS DO AMARAL

INTRODUÇÃO

As alterações climáticas, cada dia mais notórias, geram insegurança aos seres humanos e alteram o cenário macroeconômico e geopolítico do mundo. Uma vez que, já são apontadas como a principal ameaça para a paz e a segurança mundial, pois, a necessidade de controle dos recursos hídricos, alimentares e energéticos tem sido causa de conflitos bélicos entre povos e países (CASARA, 2011, p.19).

A evolução da sociedade se dá pela intensificação dos fluxos de pessoas, informação, energia e mercadorias. E apesar da aparente evidência, este fato se verifica quando analisamos as organizações tribais da Idade da Pedra, que se mostram menos complexas que as sociedades contemporâneas. Já que cerca de dois milhões de anos aproximadamente, "os ancestrais do homo sapiens viveram da caça e da pesca, sem provocar grades transformações na natureza". Contudo, foi necessário apenas alguns milênios atrás para que fosse desenvolvido, o cultivo de grãos e a domesticação de animais; ocorrendo o assentamento de populações, que anteriormente

eram nômades; fazendo surgir assim os centros urbanos. Esse processo foi o começo de uma vida social “crescentemente complexa, acompanhada por uma produção constante e acelerada de conhecimentos, tecnologias, valores, instituições e cultura em geral” (LEIS, 1999, P.42-43).

A exploração da natureza pelo homem remonta desde as primeiras civilizações. A busca pelo crescimento não é um fato recente. Contudo, o meio ambiente vem sofrendo uma degradação de proporções inimagináveis com o processo de globalização econômica, visto que “o caráter expansivo e acumulativo do processo econômico suplantou o princípio da escassez que funda a economia, gerando uma escassez absoluta, traduzindo-se em um processo de degradação global”, degradação esta dos recursos naturais e serviços ambientais (LEFF, 2006, p.23).

1. GLOBALIZAÇÃO E A CRISE AMBIENTAL

Dentre os fatores que levaram à era moderna, está, as grandes navegações, impulsionadas a partir do século XV, na qual, “a especialização e a elaboração de novas técnicas pelo ser humano impulsionaram a ocupação de novos territórios propiciando a autonomia do tempo em relação ao espaço”. O início da modernidade se nota ainda, na sociedade campesina, onde destaca-se o desenvolvimento agrícola alinhavado as bases da industrialização, “por meio de uma produção capaz de abastecer uma população urbana em pleno crescimento, além de favorecer o acúmulo de capital a ser utilizado nos mais diversos setores da economia”, a exemplo estava a Grã-Bretanha (SERRAGLIO, 2014, p.25).

Segundo Lombardi (2008, p.53), em 1698, Thomas Savery criou uma máquina a vapor cujo objetivo era captar água das minas de carvão inglesas. Porém, em 1712, Thomas Newco-

men, cria outra máquina com o mesmo objetivo, que consistia num cilindro com pistão, essa máquina permitia drenar a água das minas de carvão por todo o Reino Unido, otimizando assim a produção de carvão, já que os baldes içados das minas passaram a transportar somente carvão e não mais água, melhorando assim a oferta de carvão pelo qual as siderurgias passaram a produzir mais aço e consequentemente mais máquinas. Segundo o autor tal acontecimento marca o início da Revolução Industrial, pois trata-se do início da produção mecanizada, "onde revela uma busca frenética e até hoje incessante por eficiência na produção", pois, qualquer coisa que se produza com menos mão de obra humana e em menos tempo, para o sistema é excelente.

Na opinião de Maurice Crouzet (1996, p.300):

> A intervenção anárquica dos homens ameaça destruir de maneira irremediável o equilíbrio natural das espécies viventes, num planeta inteiramente habitado, onde não é mais possível o abandono de uma área esgotada em busca de outra mais rica. As máquinas modernas, destinadas à exploração dos recursos naturais, são meios de destruição infinitamente mais poderoso do que aqueles de que dispunham os camponeses dos séculos passados, sobretudo quando associadas a uma organização social fundamentada apenas no lucro industrial

Verifica-se, portanto, que desde o século XVIII, estamos queimando carvão e lançando dióxido de carbono (CO2) na atmosfera, através da máquina a vapor. Iniciada na Inglaterra, "a Revolução Industrial espalhou-se rapidamente pelo mundo, modificando de modo drástico e perpétuo nosso modo

de viver, de ver o mundo, de experimentá-lo e dispor de seus recursos” (LOMBARDI, 2008, p.53).

Para Serraglio (2014, p.26) a Europa acentuou a intervenção do homem no meio ambiente, a partir do século XIX. Contudo, seria inadequado não destacar a importância ideológica da Revolução Francesa de 1789; na qual, se caracteriza segundo o autor, por “uma revolução social de massa cujos preceitos políticos influenciaram todos os movimentos sociais subsequentes”, inclusive a Revolução Industrial, onde se buscava os anseios econômicos globais.

Acerca da matéria Beck, Giddens e Lash (1997, p.39) destacam que “a porta para a modernidade industrial foi aberta bruscamente pela Revolução Francesa, que separou a questão do poder de suas prescrições e proscrições religiosas”, segundo os autores, a “plebe” estava contrária a todas as confissões de impossibilidade e retórica conservadora.

A partir deste contexto que se desponta a Revolução Industrial, na qual “emergem instituições com características diversas das existentes até então, capazes de alterar a ordem social vigente em razão do seu dinamismo, intervindo nos costumes tradicionais da época e, principalmente, propiciando o crescimento econômico” (SERRAGLIO, 2014, p.26).

A Revolução Industrial foi um dos momentos de maior relevância da história da humanidade desde os primeiros povoados humanos e da agricultura (HOBSBAWN, 1982, p.45). Pois nesse período surge uma organização social preparada para conduzir as atividades humanas por meio do modo de produção capitalista de bens, acompanhada pela mobilização de energia inanimada, novas matérias-primas, máquinas, acúmulo de capital e centralização econômica (SERRAGLIO, 2014, p.27).

Partindo deste contexto, segundo Hobsbawn (1982, p.44) “pela primeira vez na história da humanidade, foram

retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas", gerando uma multiplicação rápida, e até o presente ilimitada, multiplicação, esta, segundo o autor, de pessoas, mercadorias e serviços. Na qual, "nenhuma sociedade anterior tinha sido capaz de transpor o teto que uma estrutura social pré-industrial", porém, com uma tecnologia e uma ciência deficientes, ocasionando um colapso, já que a fome e as mortes periódicas, impunham a produção.

A industrialização com seu rápido progresso tecnológico revelou um outro lado sombrio dos riscos assumidos pelo seu processo de produção, jamais vistos na história, convivendo com reiteradas ameaças de catástrofes iminentes. A sociedade industrial, é resultado, portanto, de um longo processo de modernização que alterou a ordem política e econômica da sociedade. Sendo conduzida pelo progresso tecnológico e econômico (SERRAGLIO, 2014, p.27-28).

Para Limiro (2012, p.22) a Revolução Industrial, foi um marco que intensificou os problemas ambientais, pois foi neste período que ocorreu a substituição da força motriz animal pela mecânica. Já que, a maior parte da energia utilizada para o funcionamento das máquinas era oriunda do carvão mineral, do petróleo e do gás natural, que são combustíveis fósseis e liberam gases de efeito estufa.

No período da Revolução Industrial, o meio ambiente foi limitado à mera fonte energética, sendo considerada uma fonte inesgotável de matéria prima, que abastecia as indústrias e supria as necessidades humanas.

Para Claudio Blanc (2012, p.164):

> Apesar dos incríveis avanços científicos que a humanidade conquistou depois da Revolução Industrial, a maneira como nos relacionamos com o outro –sejam

> animais, as plantas, os recursos naturais ou as pessoas – continua sendo arcaica. Nossa tendência pessoal é fazer do outro um objeto para a satisfação dos nossos desejos e necessidades de cada um de nós.
>
> O impulso da nossa civilização foi o de objetificar o meio ambiente, transformá-lo em coisa para ser usada como melhor lhe aprazer. O resultado catastrófico já pode ser percebido: espécies animais e vegetais sendo extintas a uma velocidade assustadora; refugiados ambientais espalhados pelo mundo; recursos naturais esgotados por terem sido explorados de forma irracional; desflorestamento; poluição excessiva; aquecimento global.
>
> A crise ambiental que vivemos é ética. É uma crise gerada por desconsiderarmos as necessidades do outro, por não levar em conta a delicada teia de relações que é a biosfera. A forma de se reverter o problema passa pela mudança nas relações entre homens e deles com o meio ambiente.

Logo, a dominação na natureza em prol do desenvolvimento econômico ocasionou uma vasta degradação do meio ambiente, acarretando em sequelas para o planeta até os dias atuais, e gerando uma crise ambiental.

Até o século XIX, havia a compreensão tradicional, da relação entre sociedade e natureza. Na qual estava vinculada ao processo de produção capitalista, que “considerava o homem e a natureza, como pólos excludentes, tendo subjacente a concepção de uma natureza objeto, fonte ilimitada de recursos à disposição do homem”. Durante o século XIX, a ciência e a tecnologia começaram a avançar com muita velocidade, porém desenvolveram-se ainda mais rapidamente no

início do século XX, com o advento da forma de produzir fordista e da intensificação da atividade industrial; onde as técnicas tornavam-se cada vez mais sofisticadas e multiplicadas em massa, expandindo fronteiras territoriais (BERNARDES E FERREIRA, 2003, p. 28).

2. A CONSCIÊNCIA DA PROBLEMÁTICA

A consciência, sobre a crise ambiental, foi dramaticamente tocada, após o término da II Guerra Mundial, quando os norte-americanos detonaram as bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki. Com a intenção de elaborar estratégias de conservação da natureza, a sociedade organizou-se nos mais diversos grupamentos; dentre eles, destaca-se, a União Internacional para a Conservação da Nauteza (The World Conservation Union – IUCN), fundada em 1948, que consiste de uma organização não-governamental, agrupando Estados e entidades diversas (CASARA, 2011, p.24).

Os anos 60 e 70 foram marcados por fortes debates acerca da problemática ambiental, mas um ganhou mais notoriedade, que foi o relatório intitulado - Os Limites do Crescimento, publicado em 1972 pelo Clube de Roma, na qual, trata dos danos irreparáveis ao meio ambiente, "resultantes da má utilização industrial dos recursos naturais no mundo, para o atendimento descontrolado das demandas da sempre crescente população" (Casara, 2011, p.25)

A humanidade percebeu que "os recursos naturais são finitos e que seu uso incorreto pode representar o fim de sua própria existência", fazendo assim surgir uma nova consciência ambiental, na qual a ciência e a tecnologia passaram a ser questionadas (BERNARDES E FERREIRA, 2003, p. 27).

Para Foladori (2001, p.114) a II Guerra Mundial constituiu-se em um marco da "demonstração prática e imediata da

mais nítida das possibilidades do ser humano modificar a biosfera de maneira radical, tanto em amplitude quanto em relação a seus efeitos no tempo".

De acordo com Leis (2001, p.17):

> (...) alguns dos mais destacados pensadores políticos deste século (citemos, entre outros, os nomes de Arendt, Foucault, Habermas, Strauss, Voegelin e Wolin), todos concordam na avaliação de que a política contemporânea encontra-se em declínio. Paradoxalmente, o pós-guerra dos anos 50 e 60, momento do surgimento dos primeiros sinais de uma preocupação pelo meio ambiente global, foi também uma época de grandes otimismos políticos (vinculados a ideias liberais, socialistas, democráticas e revolucionárias), mas de escasso otimismo filosófico. Talvez as poderosas manifestações da crise ecológica global estejam gerando condições para que a humanidade equilibre seus dons e se torne mais "espiritualizada" (e menos materialista), transformando seus falsos otimismos em visões mais objetivas da realidade.

Portanto, o ser humano só constatou, estar atravessando uma crise, a partir do século XX, onde reconheceu a velocidade e a amplitude que a crise ambiental se manifesta, que vão de problemas de escala local e/ou regional (poluição do ar das cidades, rios contaminados, detritos sólidos amontoados etc.) para problemas de escala mundial (aquecimento global, aumento do nível do mar, perda da biodiversidade, etc.). Sabe-se, ainda, que essa crise ambiental não foi algo buscado pelo ser humano, mesmo que, "em alguns casos ou em alguma medida, seja responsabilidade de sua atuação econô-

mica" (FOLADORI, 2001, p.15). Atualmente, os limites dos recursos naturais devem ser enfrentados em escala global e não mais local, assegura Carlos Porto-Gonçalves (2006, P.72).

3. PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DA GLOBALIZAÇÃO

3.1 CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS

Atualmente, as mudanças climáticas, ilustra os efeitos danosos da tortuosa relação estabelecida entre o homem, o meio ambiente e o desenvolvimento. A noção de vulnerabilidade, principalmente dos impactos decorrentes das mudanças climáticas, demonstra a relação de injustiça global econômica e ambiental que move as relações humanas nos dias atuais, na qual, os impactos gerados pela exploração ambiental com vistas ao modo de produção e manutenção de vida (usufruído por uma parcela da população) terão repercussões mais graves sobre justamente aqueles com a qual já sofrem com a falta de recursos e que historicamente menos contribuíram para o agravamento do efeito estufa (FERNANDES, 2014, p.157).

> [...] a expansão das atividades econômicas em todo mundo está impactando padrões do uso do solo e da água. A destruição global de florestas, a extração e a queima em grande escala de combustíveis fósseis e o generalizado uso de produtos químicos feitos pelo homem na indústria e na agricultura parecem estar alterando ciclos de nutrientes essenciais na biosfera. Essas atividades parecem estar afetando o clima global e alternado os padrões de precipitação atmosférica. Em muitas partes do mundo, a proteção ambiental deve levar a outras preocupações, por exemplo a econômica – inclusive a perda

> de empregos, falência de negócios, produtividade diminuída e muitos outros problemas econômicos. Limpar o ambiente é uma tarefa dispendiosa, e a perseguição desse objetivo poderia ser prejudicial para a economia. Essa falta de visão, porém, poderá motivar desastres ecológicos se não forem tomadas providências drásticas imediatamente para remediar aquilo que em última análise, se transformará num sério desastre provocado pelo homem (ERICKSON, 1992, p.186).

A crise ambiental, na visão de Hector Leis (1999, p. 24) estaria associada à "anarquia do sistema internacional" acompanhada pela falta de interesse e de responsabilidade das autoridades com poderes em se comprometerem em assumir responsabilidades de gestão dos bens naturais comuns da humanidade. De acordo com o autor a política internacional "encontra-se dominada por atores (políticos e econômicos) orientados por uma racionalidade individualista e competitiva, que dificilmente poderiam encontrar motivos para colocar a cooperação acima do antagonismo", prevalecendo, portanto, somente os interesses particulares.

> As causas da crise ecológica vão portanto muito além da eventual falta de compreensão dos riscos ambientais existentes ou da pouca vontade política para tratar desses interesses, por parte das elites, desafiando a humanidade a encontrar soluções abrangentes e complexas que claramente transcendem as capacidades da ciência, da técnica e das instituições políticas existentes. A complexa inter-relação dos problemas ambientais com a economia, a política e a cultura, em geral, sugere precisamente

> que sua resolução compreende um amplo espectro de níveis de conhecimentos e de práticas que incluem não apenas as ciências naturais e humanas, senão também a cultura, a filosofia e a religião, em sentido amplo (LEIS, 1999, p.24).

Para Fernandes (2014, p.158) "a degradação ambiental consiste em degeneração do ambiente, com perda da fauna, flora, biodiversidade e impactos sobre o sistema hidrológico". Apesar de haver degradação ambiental por alterações naturais do ecossistema; atualmente, o mais comum é ocorrer degradação ambiental ocasionada por ações antrópicas associadas ao próprio desenvolvimento e à poluição, que interferem de forma nociva e progressiva na natureza.

> Colocadas nestes termos, as decisões necessárias para a governabilidade da crise ecológica e a consequente realização do desenvolvimento sustentável podem perfeitamente ser interpretadas, a partir do debate acadêmico contemporâneo, como um apelo para uma nova teoria da ação social, para uma nova fundação da ordem política. O contínuo agravamento da crise ecológica nas últimas décadas expressa de forma clara que a ação política atual não é mais congruente com a ordem existente; em outras palavras, os valores, práticas e instituições em vigor já não produzem "ordem" (entendida como o conjunto de fatores que garantem a convivência e a evolução humana), senão "desordem" (LEIS, 2001, p.17).

No tocante, aos problemas ambientais, resultantes do processo econômico, Guillermo Foladori (2001, p.103-104) classifica de três formas:

> Os problemas ambientais, tal como se apresentam nos múltiplos informes e listas, podem ser reduzidos a: a) **Depredação de recursos**, como é o caso do solo, do qual se extraem riquezas minerais, agrícolas, ou no qual se constrói; ou o caso de outros seres vivos que se extinguem a ritmos mais elevados que os da sua própria reprodução natural; ou da depredação da água subterrânea por sobreutilização; b) **Poluição por causa de detritos** que não se reciclam naturalmente ao ritmo de sua geração, como é o caso dos resíduos radioativos, da poluição do ar, dos cursos d'água ou mares e oceanos, ou poluição visual das cidades etc.; por último, c) **Superpopulação e pobreza**. Neste último caso, trata-se da população que não está plenamente incorporada ao ciclo do capital. Quaisquer desses três aspectos são marginais ao processo econômico propriamente dito.

3.1.1 CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS

De acordo com o Quarto Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima, divulgado em 2007 pelo Grupo de Trabalho II do IPCC (com o título Mudança do Clima 2007: Impactos, Adaptação e Vulnerabilidades), os impactos serão mistos entre as regiões do globo, com perdas percentuais maiores para os países em desenvolvimento, a estimativa é de que haveriam perdas globais médias de 1% a 5% do Produto Interno Bruto (PIB), se a temperatura média da Terra aumentasse. Para o IPCC.

Para Angelo (2008, p.117) é uma obrigação ética dos países desenvolvidos prover as populações mais vulneráveis do planeta com recursos para adaptação. Já que, segundo ele, "os mais pobres estão pagando juros por um empréstimo – de recursos

naturais – que não tomaram". Para o autor trata-se de um desafio sem precedentes, já que nem a promessa dos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, clube das Nações Desenvolvidas) de destinar 2% de seu PIB à ajuda externa foi cumprida, conforme havia sido prevista na Cúpula da Terra, ocorrida no Rio de Janeiro.

De acordo com Grupo de Trabalho III do IPCC, em contribuição ao Quarto Relatório do IPCC de 2007, estima-se que em 2030 a mitigação do efeito estufa custará cerca 3% do PIB Mundial (IPCC, 2007).

Em 2006 foi divulgado pelo Instituto Grantham de Pesquisas sobre Mudanças Climáticas e Meio Ambiente na London School of Economics – LSE, um relatório chamado de "Relatório Stern" ou "*The Stern Review on the Economics of Climate Change*", afirmando que o aquecimento global pode custar 20% do PIB global até 2050. Para Nicholas Stern, o problema seria menor se cada país contribuísse com 1% de seu PIB para combater o aquecimento global (STERN, 2006).

O Relatório Stern destaca ainda que as nações poluentes deveriam pagar o preço pelos prejuízos ambientais causados ao planeta. E alerta, para a urgência de se tomar medidas para deter essa tendência, uma vez que, as mudanças climáticas ocasionarão consequências catastróficas para toda a sociedade mundial, podendo inclusive provocar uma recessão mundial (CASARA, 2011, p.71)

Ainda, em relação ao Quarto Relatório do IPCC de 2007 (GT-3), o documento afirma que é necessário, uma mudança no hábito de vida e de comportamento do ser humano; contribuindo assim, para a mitigação das mudanças do clima. Ressalta-se ainda que tais mudanças de hábito e comportamento podem contribuir para o desenvolvimento de uma economia com baixa emissão de carbono, equitativa e sustentável. Essa

mudança, portanto, se faz através de mudanças nos padrões culturais de consumo, do uso de tecnologias que reduzam emissão de CO^2, com planejamento urbano (para reduzir o número de veículos), etc. (IPCC, 2007).

De acordo com o Relatório Sobre o Desenvolvimento Mundial de 2010, os desastres naturais ocasionados pelas mudanças climáticas estão cada vez mais afetando a economia. As perdas econômicas causadas por tempestades, inundações e secas estão aumentando (de aproximadamente US$ 20 bilhões por ano, no início da década de 1980; a US$ 70 bilhões, no início da década de 2000, para países de alta renda; e de US$10 a US$15 bilhões por ano para países de renda baixa e média) (BANCO MUNDIAL, 2010, p. 101).

Ainda de acordo com o Relatório Sobre o Desenvolvimento Mundial de 2010, "o aquecimento pode ter um grande impacto tanto no nível quanto no crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), ao menos em países Pobres". De acordo com a pesquisa "um exame de variações ano a ano na temperatura (relativas à média dos países) revela que anos anormalmente quente reduzem tanto o nível quanto a taxa de crescimento subsequente do PIB em países em desenvolvimento (BANCO MUNDIAL, 2010, p. 40-41).

> A mudança climática impõem um ônus adicional ao desenvolvimento. Os contratempos aos sistemas socioeconômicos e naturais já estão ocorrendo, muito antes do que anteriormente imaginado. As mudanças na temperatura, as médias de precipitação e um clima mais variável, imprevisível ou mesmo extremo podem alterar os rendimentos, os ganhos, a saúde, a atual segurança física e os caminhos e níveis de desenvolvimento futuro. A mudança climática afetará vários setores e ambientes produtivos, como

> agricultura, silvicultura, energia e zonas litorâneas nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. As economias em desenvolvimento será mais afetadas pela mudança climática em parte, por causa de sua maior exposição a choques climáticos e, em parte, por sua baixa capacidade de adaptação (BANCO MUNDIAL, 2010, p.40).

A crise ambiental na visão de Leff (2001, p.15) “veio questionar a racionalidade e os paradigmas teóricos que impulsionam e legitimam o crescimento econômico, negando a natureza”, fazendo surgir a necessidade de uma mudança no modo de desenvolvimento. Da qual surge o princípio da sustentabilidade, aparecendo como um “critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como condição para a sobrevivência da vida humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as bases de produção”.

3.1.2 CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS

As consequências sociais do aquecimento global decorrente do processo de desenvolvimento se manifestam nas mais diversas regiões do planeta Terra e de acordo com os Relatórios divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU) preveem que mais de 1 bilhão de pessoas poderão sofrer com a falta de água a partir de 2020, sendo as populações mais pobres do mundo (Ártico, África Subsaariana, Pequenas Ilhas e Delta Asiáticos) os mais afetados (ONU, 2007).

Importante destacar ainda que o crescimento populacional força as pessoas a adotarem meios de produção agrícolas intensificados (como irrigação, safras duplas ou cultivo em terraços, utilização de agrotóxicos, etc.), expandindo assim a agricultura devido ao “número crescente de bocas famintas”.

Destarte, as práticas não sustentáveis geram ao meio ambiente e a população graves lesões (DIAMOND, 2005, p.19).

De acordo com o Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2010, quase metade da população dos países em desenvolvimento (48%) ainda vive na pobreza, sobrevivendo com menos de US$ 2 por dia, e uma em seis pessoas não possuem acesso a água potável ou tratada. E cerca de 10 milhões de crianças com menos de 5 anos de idade ainda morrem por doenças que podem ser prevenidas e tratadas (como infecções respiratórias, sarampo, diarreia, entre outras). Nos últimos anos, a utilização de recursos naturais (como a queima de combustíveis fósseis), trouxe várias melhorias em termos de bem-estar para parte da população. Porém, como o consumo não se deu de forma sustentável, o crescimento vem acompanhado pela vulnerabilidade das pessoas e pela ocorrência de desastres naturais (BANCO MUNDIAL, 2010, p.40).

> Em 2050, a população mundial atingirá 9 bilhões, exceto se houver mudanças substancias nas tendências demográficas, e haverá 2,5 milhões a mais de pessoas nos atuais países em desenvolvimento. Maiores populações exercem maior pressão nos ecossistemas e recursos naturais, o que intensifica a competição por terra e água, e aumenta a demanda por energia. A maior fatia do aumento populacional ocorrerá em cidades, o que ajudará a alimentar a degradação de recursos e o consumo individual de energia. Mas ambos poderão ser maiores, juntamente com a vulnerabilidade humana, se a urbanização não for bem-administrada (Banco Mundial, 2010, p.40).

A consequência mais grave do crescente aumento da temperatura terrestre é a elevação do nível do mar e o derretimento

das calotas polares, que promoverão inundações e que certamente afetarão uma imensa maioria da população mundial que vivem em faixas litorâneas (DEMETERNO NETO, 2007, p.30).

Os fenômenos ocasionados pela interferência do homem na natureza, como é o caso do aquecimento global, vêm gerando uma nova categoria de desabrigados, denominados “refugiados ambientais”. E de acordo com a Organização das Nações Unidas, as previsões estimam que “cerca de 250 milhões de pessoas serão deslocadas até 2050 devido a fenômenos meteorológicos extremos, à redução dos recursos hídricos e à degradação das terras agrícolas” (ONU, 2008). Já a organização ambientalista Greenpeace, baseada em estudos de Cord Jakobeit, da Universidade de Hamburgo, Alemanha, prevê que até 2040, o número de refugiados do clima, poderão chegar a 200 milhões (GLOBO, 2007).

CONCLUSÃO

A solução estaria primeiramente na reafirmação do princípio de se construir condições de igualdade entre os Estados partindo do reconhecimento de desigualdade de fatos entre eles; do fortalecimento da noção de cooperação internacional entre os Estados, com a intenção de promover medidas a níveis locais, nacionais, regionais e internacionais sobre a importância da preservação do meio ambiente e da criação de políticas de incentivos, de forma que ações sustentáveis não sejam apenas um princípio ético desejável, mas sim um dever jurídico obrigatório. E por último, mas não menos importante, a introdução do conceito de sustentabilidade na sociedade, como requisito para quaisquer decisões, políticas governamentais ou normas voltadas pelos Estados, tanto no que respeita a seu ordenamento jurídico interno, quanto com referência a suas relações internacionais.

É necessário haver uma mudança na relação do ser humano com o meio ambiente. Observa-se, portanto, que a responsabilidade pela luta contra a crise ambiental é global. Sendo assim nenhum mecanismo será eficiente e capaz de solucionar a questão das mudanças climáticas se a comunidade mundial não estiver disposta a mudar suas relações com o meio ambiente.

O direito de ter um meio ambiente saudável, equilibrado e preservado para as atuais e futuras gerações é considerado um direito humano fundamental, de forma a ser reconhecido e protegido de eventual ou iminente risco e perigo. Porém, a proteção desse direito enfrenta dificuldades impostas por uma complicada equação na qual se tem como elementos a Economia (Desenvolvimento), o Ser Humano e o Meio Ambiente, e que tem como resultado a incerteza, decorrente das diversas variáveis somadas.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Claudio. **O aquecimento global**. São Paulo: Publifolha, 2008.

BANCO MUNDIAL. **Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2010**: desenvolvimento e mudança climática. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 101.

BECK, U.; GIDDENS, A; LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

BERNARDES, Júlia Adão; FERREIRA, Francisco Pontes de Miranda. **Sociedade e Natureza**. In. CUNHA, Sandra Baptista; Guerra, Antônio José Teixeira. (Organizadores). A questão Ambiental: Diferentes Abordagens. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 17-42.

BLANC. Claudio. **Aquecimento Global e Crise Ambiental**. São Paulo: Gaia, 2012.

CASARA, Ana Cristina. **Direito Ambiental do Clima e Créditos de Carbono**. Curitiba: Juruá, 2011.

CROUZET, Maurice. **A época contemporânea**: o desmoronamento dos impérios coloniais: o surto das ciências e das técnicas. Tradução de Pedro Moacyr Campos. Rio de Janeiro: Bertrnd Brasil, 1996, p.300.

DEMETERCO NETO. **Desenvolvimento sustentável e aquecimento global**. In. SOUZA, Rafael Pereira de (coord.) Aquecimento global e créditos de carbono: aspectos jurídicos e técnicos. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.27-34.

DIAMOND, Jared. **Colapso:** como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

ERICKSON, Jon. **Nosso planeta está morrendo**: a extinção das espécies. São Paulo: Makron/McGraw-hill, 1992, p.186.

FERNANDES, Elizabeth Alves. **Meio ambiente e direitos humanos**: o deslocamento de pessoas por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas. Curitiba: Juruá, 2014.

FOLADORI, Guillermo. **Limites do Desenvolvimento Sustentável**. Tradução de Marise Manoel. São Paulo: Editora Unicamp, 2001.

GLOBO. **Greenpeace: mundo terá 200 milhões de refugiados do clima em 2040**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1567960-5602,00-GREENPEACE+MUNDO+TERA+MILHOES+DE+REFUGIADOS+DO+CLIMA+EM.html>. Acesso em 13 fev 2017.

HOBSBAWN, E. J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. 4. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

IPCC. **Mudança do Clima 2007**: mitigação da mudança do Clima. Contribuição do Grupo de Trabalho II. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0015/15131.pdf>. p.10.

IPCC. **Mudança do Clima 2007**: mitigação da mudança do Clima. Contribuição do Grupo de Trabalho III ao Quarto relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0015/15132.pdf>.p.19.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental**: a reapropriação da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 5ª ed.Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LEIS, Héctor Ricardo. **A modernidade insustentável**: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Vozes; Santa Catarina: UFSC, 1999.

LEIS, Héctor Ricardo. **Ambientalismo: um projeto realista-utópico para a política mundial**. In. VIOLA, Eduardo J. at al. Meio Ambiente, Desenvolvimento e Cidadania: Desafios para as Ciências Sociais. 3ª edição – São Paulo: Cortez; Florianópolis: UFSC, 2001, p.15-43.

LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono**: protocolo de Kyoto e projetos de MDL. Curitiba: Juruá, 2012.

LOMBARDI, Antonio. **Créditos de Carbono e Sustentabilidade**. Os caminhos do novo capitalismo. São Paulo: Lazuli e Companhia Editora Nacional, 2008.

ONU. **Clima**: 250 milhões de novos deslocados até 2050, segundo ACNUR. Disponível em: <http://www.unric.org/pt/actualidade/21340>. Acesso em 13 fev 2017.

ONU**. ONU prevê secas e falta de água para mais de 1 bilhão**. BBC Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/04/070406_relatorio-ipccml.shtml>. Acesso em 25 jan. 2017.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

STERN, Nicholas. **The Stern Review on the Economics of Climate Change**. Disponível em:<http://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/ ~ rmclima/pdfs/destaques/stern-review_report_complete.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2017.

A CRISE DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: MOTIVAÇÃO ECONÔMICA OU FATORES POLÍTICOS?

Rafael Carrano Lelis
Gabriel Coutinho Galil

INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) se revelou, nos últimos anos, como um importante cenário, de crucial relevância, na luta pela efetivação dos Direitos Humanos. O Sistema tem, apesar de sua recente criação, consolidado sua eficácia na proteção desses direitos e preenchido lapsos deixados pelas jurisdições e instituições nacionais.

Ao trabalhar a ideia dos paradoxos dos Direitos Humanos, Douzinas procura alertar para a constante apropriação do ideário dos Direitos Humanos pela perspectiva liberal, servindo como instrumento de perpetuação de desigualdades e dominação política. Dessa sorte, é importante que se frise que os Estados, sob uma perspectiva desenvolvimentista, pregam uma pretensa proteção aos Direitos Humanos como forma de despolitização dos próprios indivíduos e visando ao alcance dos próprios interesses de avanço econômico.

Guiado sob tal perspectiva, o presente trabalho adota como marco teórico a ideia, trazida pela Teoria Crítica, dos *paradoxos dos Direitos Humanos* para realizar uma análise da fragilidade econômica da Comissão Interamericana, evidenciada pela profunda crise enfrentada em 2016, que colocou (e ainda coloca) em risco o próprio funcionamento e manutenção do SIDH. Assim, questiona-se a possibilidade de tal fragilidade resultar estritamente de um elemento conjuntural (de crise financeira do capitalismo) ou de um reflexo do descompromisso estrutural com a proteção e efetivação dos Direitos Humanos. Isto é, indaga-se a real intenção dos Estados e demais atores políticos para com a concretização desses direitos.

A hipótese adotada sinaliza para a crise da Comissão Interamericana (CIDH) como advinda de uma problemática estrutural relacionada à proteção dos Direitos Humanos. Dessa forma, procura-se demonstrar que, ainda em momentos de estabilidade econômica, não há real intenção, principalmente por parte dos Estados, de garantir tais direitos, senão de utilizá-los como forma paliativa de desmobilização e de mitigação da resistência política. Ademais, destaca-se que esse já preexistente descompromisso com os Direitos Humanos se agrava, ainda mais, com os ciclos de crise econômica gerados e enfrentados pelo sistema capitalista, como atualmente se passa.

Pela necessidade de um recorte metodológico para que se realize a análise acima apresentada, pretende-se examinar a participação e interesse do estado brasileiro na proteção dos Direitos Humanos tomando como objeto a sua atuação diante do SIDH. Dessa forma, traçar-se-á um breve histórico da cooperação brasileira com a Comissão, destrinchando desde o apoio monetário, por meio do financiamento à CIDH, até formas de suporte político dadas pelo governo brasileiro.

Para ilustrar a preferência do Estado brasileiro pelo desenvolvimento econômico, tenciona-se analisar o caso da Usina

Belo Monte, no qual a CIDH decidiu contrariamente ao Brasil. A análise de tal marco na atuação brasileira junto ao SIDH se mostra importante, pois, logo após tal manifestação por parte da Comissão, percebe-se claro movimento contrário do governo brasileiro ao nominado sistema de proteção. De tal maneira, nota-se, claramente, a opção brasileira pela manutenção de uma forma de desenvolvimento marcado fortemente pela violação de Direitos Humanos, em prejuízo à proteção desses mesmos direitos. O episódio Belo Monte evidenciou o compromisso parcial do governo brasileiro, uma vez que as medidas cautelares desfavoráveis expedidas pela CIDH até 2011 (que totalizavam 27) tinham por objeto violações imputadas aos entes federativos, uma vez que diziam respeito a questões carcerárias e de segurança pública. Diferentemente, com Belo Monte, a decisão recaía sobre a competência do governo federal e implicava a imediata suspensão da principal obra do Programa de Aceleração ao Crescimento (PAC), confrontando a política desenvolvimentista e os interesses capitalistas com a efetivação dos Direitos Humanos das comunidades indígenas. Dessa maneira, restou clara a delimitação, de até onde seria suportada a ingerência do SIDH, por meio de represálias como a suspensão do aporte de verbas à OEA e a retirada da candidatura de Paulo Vanucchi para a CIDH.

Espera-se, com o desenvolvimento do trabalho, contribuir para o campo de pesquisa relacionado ao SIDH por meio da apresentação de um diagnóstico de sua crise estrutural, bem como apontando suas consequências na garantia e (ausência de) proteção dos Direitos Humanos.

1. OS PARADOXOS DOS DIREITOS HUMANOS

Um paradoxo seria que algo contrário à expectativa, uma espécie de ortodoxia. Dessa forma, conceitua-se uma proposi-

ção paradoxal como sendo simultaneamente falsa e verdadeira, na qual se encontram premissas que, apesar de racionalmente compreensíveis, conflitam entre si ao serem utilizadas na definição de um mesmo fenômeno (GEARTY; DOUZINAS, 2012, p. 8). Alicerçada nessa delimitação do termo *paradoxo*, está a definição de Direitos Humanos, composta por uma diversidade de paradoxos necessários para sua análise sob perspectiva crítica.

No atual estágio de globalização, com intensificação das interações entre os indivíduos e das trocas comerciais, os Direitos Humanos adquiriram elevada proeminência, nos mais diversos contextos. Como aponta Douzinas (2007, p. 36), esse triunfo alcançado pelos Direitos Humanos se deve, justamente, ao fato de sua designação retórica ser utilizada tanto pela esquerda, quanto pela direita; pelo norte, assim como pelo sul; isto é, diferentes (e conflitantes) ideologias utilizam os Direitos Humanos para a justificação e motivação de seus atos. Destaca o autor que a grande força dessa categoria de direitos se sustenta em sua própria ambiguidade. Nesse sentido, os Direitos Humanos são encarados como uma ideologia com uma inflexão moral, caracterizados como neutros e acima de qualquer discurso político, gerando, portanto, seu emprego de forma pulverizada e contraditória (DOUZINAS, 2007, p. 10-11).

Por esse ângulo, é possível afirmar que os Direitos Humanos não possuem um significado comum e, ainda mais, que podem descrever eventos essencial e drasticamente divergentes. Em consequência dessa ausência de um sentido fixo dos Direitos Humanos, decorrente da própria carência de um conceito exato da ideia de "humanidade", não poderiam tais termos serem tidos como fonte de normas, em virtude de suas constantes mutações vinculadas às diferentes ideologias e prioridades políticas (DOUZINAS, 2013, p. 51 e 55).

Os Direitos Humanos surgiram embebidos do ideal de emancipação social. No entanto, constituem, também, um recurso de grande influência para as classes dominantes, incluindo os Estados econômica e politicamente mais fortes no cenário global.

De forma ilustrativa, é possível identificar a mesma fundamentação, baseada nos Direitos Humanos, na defesa de convicções opostas. Ao mesmo tempo que fundamentam tentativas de ampliação dos direitos das minorias no cenário internacional, igualmente justificam intervenções como a realizada pelos Estado Unidos no Iraque, com finalidades escancaradamente econômicas, mas sob a pretensa ideia de intervenção humanitária. Dessa sorte, Douzinas (2013, p. 52) enfatiza a concretização dessa cooptação do termo Direitos Humanos, sendo reiterado por uma multiplicidade de discursos e práticas antagônicas.

Em uma última e preocupante dimensão, que aqui importa salientar, os Direitos Humanos tem tido o efeito, em algumas (mas não todas) searas, de despolitização de lutas sociais e da própria política. São empregados como forma de alienação das populações oprimidas, concedendo-lhes um falso imaginário de proteção e segurança. Dessa maneira, paralelamente a seu caráter emancipatório e protetivo, identifica-se um poder de disciplina, exclusão e dominação (DOUZINAS, 2007, p. 113; 2013, p. 60).

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, percebe-se uma acentuada evolução na tutela dos Direitos Humanos no plano internacional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos se desenvolve como forma proteção das vítimas reais e potenciais das diversas formas de dominação e poder arbitrário no seio da sociedade internacional. Seu desen-

volvimento ocorre tanto no plano substantivo, pela elaboração de normas que visam à proteção do ser humano, quanto no plano processual, por meio de mecanismos globais e regionais que implementam tais normas. A proliferação desses mecanismos processuais, *i.e.*, tribunais internacionais, na metade do século XX, sinaliza para significativos avanços na realização da justiça internacional (CANÇADO TRINDADE, 2006). Nesse sentido, os mecanismos regionais têm papel indispensável nessa dinâmica de proteção e implementação dos Direitos Humanos, destacando-se entre esses o Sistema Europeu, Interamericano e Africano de proteção de Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos[3], que iniciou sua formação com a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1959, é composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O sistema adquire especial proeminência e importância por exercer sua jurisdição em uma região marcada por fortes desigualdades sociais, característica presente em demasia nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

2.1 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana, como apontado, foi um dos primeiros órgãos criados visando à proteção dos Direitos Humanos no contexto regional interamericano. Suas funções e competências, bem como sua organização interna, são previstas no capítulo VII do Pacto de São José da Costa Rica. Sua primordial função consiste em "promover a observância e a defesa dos direitos humanos" (OEA, 1969), tendo competência

3. André de Carvalho Ramos (2016, p. 205) concebe que aquilo que aqui se chama de Sistema Interamericano seria, em realidade, um "mecanismo coletivo interamericano" composto por dois sistemas, a saber: 1) o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA); e 2) um sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos.

sobre todos os Estados-parte da Convenção Interamericana, bem como os Estados-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA) (neste segundo caso apenas no que se refere aos direitos previstos pela Declaração Americana de 1948).

Como prevê a Convenção, a Comissão é composta por sete membros de "alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos" (OEA, 1969), que são eleitos para um período de quatro anos, sendo possível apenas uma reeleição. Dessa forma, tais integrantes atuam: estimulando uma consciência de Direitos Humanos na região; formulando recomendações aos governos dos Estados membros para adoção de medidas que garantam o respeito aos Direitos Humanos; solicitando informação a respeito do cumprimento dos Direitos Humanos por parte dos Estados membros; atendendendo a consultas dos Estados membros e realizando assessoramento quando possível; analisando petição apresentadas; e apresentando relatório anual de atividades à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americano (OEA, 1969). Como assevera Carvalho Ramos (2016, p.228), a referida Comissão possui um "duplo tratamento normativo", sendo a incidência perante a Carta da OEA e também perante a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No âmbito procedimental, a Comissão tem o poder, por sua própria iniciativa, de abrir caso contra determinado Estado. No entanto, tal faculdade não tem sido efetivamente utilizada pela CIDH, sendo, então, a provocação por petição escrita o principal meio para desencadear sua atuação (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 229-230). Após a apresentação da petição e sua admissibilidade, é possível se identificar três eventuais fases subsequentes.

A primeira fase corresponde, seguindo o artigo 48 (em seu inciso "f") e o artigo 49, à tentativa do estabelecimento de uma solução amistosa, por meio da conciliação das partes, da

qual resultará um relatório a ser enviado ao demandante e a todos os Estados membros (além do Secretário Geral da OEA), contendo uma breve exposição dos fatos e da solução.Caso não se chegue a uma solução por meio do acima mencionado, passa-se à segunda fase, que consiste na elaboração do primeiro informe por parte da Comissão, responsável pela constatação ou não da existência de algum tipo de violação de direito, conforme indicado pelo artigo 50 da Convenção. Constatada a violação, a CIDH elabora um relatório com recomendações a serem cumpridas pelo Estado violador. Após o envio do referido relatório, o Estado terá o prazo de três meses para adotar todas as recomendações e solucionar o caso em questão.

Findo o prazo anteriormente indicado para a realização das recomendações, chega-se à terceira fase (indica pelo artigo 51 da Convenção), cujo desdobramento poderá se dar de duas formas: 1) submissão do caso à Corte; ou 2) elaboração de um segundo informe pela Comissão. Como evidencia Carvalho Ramos (2016, p.237), o histórico da CIDH indica que ela apenas não submete o caso à Corte nas situações nas quais o Estado envolvido não reconheça sua jurisdição. Nesse caso, passa-se à fase do segundo informe da Comissão. Esse segundo informe também contém recomendações a serem adotadas pelo Estado. Apesar de seu conteúdo poder ser bastante similar, duas principais características o diferenciam do primeiro informa elaborado pela CIDH: 1)ele será público, independente da vontade dos Estados interessados; e 2) esse informe será vinculante, devido a seu caráter definitivo (CARVALHO RAMOS, 2016, p. 237-239). Uma vez emitido esse novo informe, o Estado terá novamente um prazo (a ser fixado pela Comissão) ao fim do qual a CIDH deliberará de as medidas indicadas foram ou não adotadas.

Por fim, chama-se a atenção para um último aspecto processual da atuação da Comissão Interamericana: a possibilida-

de de emissão de medidas cautelares. Conforme previsto pelo artigo 25 do regimento interno da CIDH, após a solicitação de informações ao Estado, a Comissão poderá requerer a adoção de medidas cautelares em situações de gravidade ou urgência para impedir danos irreparáveis a pessoas (independente da existência ou não de petição) ou ao objeto do processo, caso o peticionamento já tenha sido efetuada (CIDH, 2013).

3. O PARADOXO DOS DIREITOS HUMANOS E O (DES)INTERESSE ESTATAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Parece indiscutível a proeminência alcançada pelos Direitos Humanos no atual mundo globalizado. Diversos grupos da sociedade civil se empenharam (e vem se empenhando) em anos de militância e pressão pela garantia de direitos básicos e fundamentais que, por um longo período de tempo, foram negados a inúmeras parcelas oprimidas da população. Todavia, é questionável qual seria o real interesse e compromisso dos Estados com a efetivação desses direitos.

Os Direitos Humanos são facilmente apropriados por ideais liberais e utilizados como justificativa para a sua própria violação. Já se utilizou, por exemplo, mais de uma vez, o mote de proteção aos Direitos Humanos para invasões de territórios ou inícios de guerras, que em muito mais os violaram do que contribuiu para sua proteção e efetivação. Da mesma forma, os Estados baseiam-se na falsa ideia de benefícios e avanços na garantia de direitos supostamente advindos de grandes obras que sabidamente violam de Direitos Humanos (como veremos no estudo do caso brasileiro) para sustentar sua manutenção

Como exemplo dessa utilização retórica dos Direitos Humanos para disfarçar interesses estatais, se destaca o contexto de elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os governos que negociavam a tutela de direitos civis e políticos eram os mesmos que os suprimiam de forma absoluta em seus regimes ditatoriais. Apenas um ano após a edição do Ato Institucional 5 (1968), que marcou a história brasileira com a chancela estatal para a violação de Direitos Humanos, o governo brasileiro participou ativamente das discussões da referida convenção. Assim, sinalizou para a sociedade internacional um aparente compromisso com a implementação de desses direitos totalmente dissociado de suas reais intenções.

Em primeiro lugar, é necessário, ainda, que se aponte a incompatibilidade existente entre alguns interesses estatais econômicos dos estados e a proteção de Direitos Humanos. Inseridos em uma sociedade capitalista na qual a ideia de desenvolvimento está constantemente atrelada à prosperidade econômica, os Estados priorizam o avanço de grandes obras que aumentem seu capital financeiro, em detrimento da garantia dos Direitos Humanos. Eles seguem, portanto, um paradigma desenvolvimentista tradicional, que não observa os Direitos Humanos e garante benefícios apenas a grandes empresas e companhias transnacionais. Nesse sentido, Miagusko (2015, p. 26) esclarece a necessária distinção entre desenvolvimento e crescimento. O desenvolvimento somente ocorre quando a sociedade utiliza os benefícios do crescimento econômico para a implementação do bem estar social, distribuindo os frutos desse crescimento. Assim, os dois fenômenos não podem ser tratados como sinônimos.

Um segundo ponto importante advém da própria utilização da ideia de Direitos Humanos e seus paradoxos. Os Direitos Humanos são facilmente apropriados por ideais liberais e utilizados como justificativa para a sua própria violação. Já se utilizou, por exemplo, mais de uma vez, o mote de proteção aos Direitos Humanos para invasões de territórios ou inícios

de guerras, que em muito mais os violaram do que contribuiu para sua proteção e efetivação. Da mesma forma, os Estados baseiam-se na falsa ideia de benefícios e avanços na garantia de direitos supostamente advindos de grandes obras que sabidamente violam de Direitos Humanos (como veremos no estudo do caso brasileiro) para sustentar sua manutenção.

Ainda mais, não interessa ao Estado garantir todos os direitos aos indivíduos, uma vez que eles consistem, justamente, em uma ferramenta de desmobilização política (DOUZINAS, 2013). De tal maneira, os Estados podem, de tempos em tempos, permitir que alguns avanços na garantia desses direitos sejam alcançados, como forma de frear insurreições políticas diante de uma conquista que os grupos acreditam ter advindo de suas lutas e esforços. Quando, em realidade, foi apenas uma (mínima) concessão do Estado para diminuir a instabilidade política apresentada e seguir em seu ideal econômico-desenvolvimentista de acumulação de capital.

A sobreposição de interesses econômicos sobre a efetivação de direitos individuais se desdobra para além do plano interno, tendo repercussões na própria ordem internacional. Isso porque, apesar do caráter cogente das normas de Direitos Humanos, elas deixam de ser aplicadas em detrimento de normas hierarquicamente inferiores, que expressam a vontade econômica dos estados e outros atores internacionais, a chamada lex mercatória (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2016).

Esse caráter sistêmico da relativização do compromisso com a proteção e implementação de Direitos Humanos guiará a análise da atuação do Brasil no mecanismo americano de proteção de Direitos Humanos.

4. ATUAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AO SIDH

Tendo ratificado a Convenção Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1992, o Brasil passou a aderir plenamen-

te ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos a partir da sua aceitação da jurisdição da Corte Interamericana no ano de 1998. Desde então alguns números podem ser apresentados: entre 1998 e 2011 o Estado brasileiro recebeu 27 medidas cautelares advindas da CIDH; já entre 1999 e 2011, 643 petições referentes ao Brasil foram apresentadas à CIDH que encaminhou 93 dessas ao governo brasileiro; por outro lado, no tangente à atuação da Corte junto ao Brasil, desde 1998, observou-se a adoção de quatro medidas provisórias e quatro sentenças condenatórias definitivas contrárias a ações do país (VENTURA; CETRA, 2013, p. 3-4).

Dentre todos esses casos referentes ao contexto Brasileiro, merece destaque a mobilização gerada pela atuação da Comissão no caso *Maria da Penha* em 2001, relativo à violência doméstica contra mulheres, que culminou na criação de uma lei especial para prevenção desse tipo de violência e proteção da mulher. Todavia, apesar do sucesso desse caso específico, pode-se dizer que ele se enquadra na ideia de "Estado heterogêneo" (VENTURA; CETRA, 2013, p. 16), que conceitualmente é ilustrada pela atuação oscilante do Brasil diante das recomendações da CIDH: ora extremamente bem sucedidas, ora completamente ignoradas. Mais recentemente, a CIDH acolheu duas dentre as quinze solicitações de medidas cautelares apresentadas contrárias ao Brasil no ano de 2011, seguindo a média dos anos anteriores: uma acolhida em 2007, nenhuma em 2008, duas em 2009 e duas em 2010. Para além disso, já foi indicada a atribuição da Comissão para encaminhar casos à Corte Interamericana, nota-se, nessa seara, que a CIDH enviou 131 à Corte nos últimos 10 anos, sendo apenas nove deles referentes ao Brasil.

Como mencionado, a Corte também já atuou diretamente com relação ao Estado brasileiro, que possui algumas condenações em seu histórico, dentre as quais podemos destacar

alguns casos. O primeiro caso julgado contra o Brasil ganhou grande repercussão nacional: trata-se do caso *Ximenes Lopez,* que colocou em xeque as condições atentatórias à dignidade humana na qual se encontravam os hospitais psiquiátricos brasileiros. Além de ter surtido muitos efeitos no cenário Brasileiro, o caso também foi de proeminência para a Corte, tendo sido sua primeira sentença relativa à seara da saúde.

Três anos mais tarde, em 2009, a Corte decidiu mais dois casos relativos ao Brasil (*Caso Arlei Escher e outros;* e o *Caso Sétimo Garabaldi),* que tratavam, respectivamente: de grampos telefônicos ilegais e a um assassinato ocorrido durante a remoção forçada de camponeses de uma terra ocupada. Nos dois casos o Brasil cumpriu a sentença definida pela Corte. Um ano mais tarde, em 2010, a Corte condenou o Brasil no conhecido *Caso da Guerrilha do Araguaia* por inúmeras violações de Direitos Humanos ocorridas na ocasião. Merece destaque o fato de o evento ter se passado durante o período ditatorial no Brasil e que, entretanto, a decisão não foi muito bem recepcionada internamente, pois seria contrária à Lei de Anistia em que vigorava no país e que concedeu perdão aos crimes do período ditatorial como forma de reingresso no regime democrático. Para além das sentenças condenatórias ao Brasil, a Corte também emitiu diversas medidas provisória para cumprimento por parte do governo brasileiro, das quais apenas uma medida ainda permanece vigente no país (VENTURA; CETRA, 2013, p. 31).

4.1 O CASO BELO MONTE

O *Caso Belo Monte* refere-se a uma medida cautelar concedida pela CIDH em favor dos membros das comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no estado brasileiro do Pará. Na solicitação entregue à Comissão, alegou-se que a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (que demandaria a remoção

de inúmeros indígenas de seus territórios devidamente reconhecidos pelo Estado brasileiro) colocaria em risco a vida e a integridade pessoal dos solicitantes. Na ocasião, a Comissão solicitou ao governo a suspensão imediata do processo de licenciamento e que impedisse a realização de qualquer obra material até que fossem observadas algumas condições mínimas.

O governo brasileiro deixou claro sua insatisfação com a decisão que atravancaria a principal obra de seu Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), o que levou o Brasil a encarar a CIDH como um "obstáculo a seu crescimento" (VENTURA; CETRA, 2013, p. 37). Tal sentimento foi externalizado pelo então Ministério de Relações Exteriores do governo brasileiro que "emitiu nota de nº142/2011, dizendo que considerava a MC-382/10 injustificável e precipitada" (SICILIANO, 2011, p.2). Ainda mais: como forma de retaliação à decisão, o governo brasileiro retirou, dois dias depois, a candidatura do brasileiro Paulo Vannuchi para integrar a CIDH. Além disso, diversas autoridades brasileiras emitiram declarações rechaçando a decisão, em atitude extremamente com relação à Comissão, como o Ministro de Minas e Energia, que afirmou que "o governo brasileiro não precisa de mais fiscais para decidir o que deve ou não ser feito para aumentar a capacidade de geração elétrica no país" e alegou que o que o Brasil realmente necessitava era "desesperadamente" daquela obra. Ainda mais surpreendente, dentre as reações brasileiras à decisão, foi a aprovação, por parte do Senado Federal, de um "voto de solidariedade" ao governo brasileiro e um "voto de censura" à CIDH, ambos com efeito meramente simbólico (VENTURA; CETRA, 2013, p. 39-47).

Após essa forte repressão do governo brasileiro, a Comissão alterou parcialmente sua decisão, retirando a demanda de suspensão imediata do processo de licenciamento da obra. Ainda assim o governo não enviou qualquer representante

à audiência de discussão do caso, configurando a primeira ausência desse Estado em uma convocação da SIDH (VENTURA; CETRA, 2013, p. 45).

A descrição dos acontecimentos referidos ao caso de *Belo Monte* ilustram justamente a hipótese anteriormente levantada: quando confrontados os interesses de crescimento econômico estatais frente à proteção dos Direitos Humanos, os primeiros sempre irão prevalecer. O Estado não possui uma intenção real de preservação desses direitos, mas sim de enriquecimento e acumulação de capital.

5. O CARÁTER ESTRUTURAL DA CRISE

O ano de 2016 foi um marco para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere a sua gestão financeira. O CIDH, que historicamente (como mostraremos a seguir) sofre com a dificuldade de arrecadação monetária para sua manutenção, anunciou em maio de desse mesmo ano a suspensão de todas suas visitas e audiência, bem como a perda iminente de vários de seus funcionários devido à ausência de recursos. A própria Comissão destacou:

> [...] igualmente a sua extrema preocupação porque a suspensão das sessões tem um impacto direto na capacidade da Comissão de avançar com o processamento das denúncias de violações de direitos humanos, já que são nessas sessões que os Comissários e Comissárias analisam, debatem e aprovam relatórios sobre petições e casos (CIDH, 2016).

Esse anúncio realizado pela Comissão mostra o agravamento, devido a uma crise financeira mundial, de uma crise estrutural do próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que sofre recorrentemente com problemas orçamen-

tários. Como já apontado, tal situação reafirma a ausência de compromisso, por parte dos Estados, com a proteção dos Direitos Humanos e demonstra sua preferência de realocação de recursos em momentos de escassez em empreendimentos que gerem "crescimento econômico". A paralisação dos trabalhos da Comissão gerou um grande atraso em uma enorme quantidade de processos e deixou "sem defesa milhares de vítimas de violações de direitos humanos" (CIDH, 2016).

Uma análise atenta aos números fornecidos pela OEA permite perceber a extensão e o caráter estrutural da crise do Sistema[4]. São dois os tipos de financiamento recebidos pela CIDH: montante advindo do fundo regular, cujo valor é repassado pela OEA; e o montante referente a contribuições voluntárias. Um fator preocupante está refletido proporção desses dois tipos de financiamento, que, ainda que variando de ano para ano, ocupam, na média, 50% cada um do orçamento total da Comissão. Isto é dizer que metade de todo o aporte financeiro do qual a CIDH depende é fruto de contribuições voluntárias e imprevisíveis.

Além desse fator já altamente preocupante, observa-se, também, que uma quantia considerável dos recursos da Comissão é fornecida pelos chamados "países observadores", que são aqueles doadores que não integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ou seja, são países que nem mesmo se submetem as decisões tomadas pela CIDH, o que demonstra que muitos países investem na ideia de proteção dos Direitos Humanos, mas apenas até o ponto em que não interfira em sua esfera de atuação, uma vez que as doações realizadas pelos países observadores são maiores do que a maioria dos países membros do Sistema. Com especial destaque ao Brasil, que há muitos anos não realiza nenhuma contribuição financeira

4. Para dados completos sobre o orçamento da CIDH: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/recursos_financieros.asp>. Acesso em 30 Nov. 2016.

à CIDH. Mais um elemento ilustrador desse desinteresse real dos países de proteção efetiva aos Direitos Humanos se dá nos números de investimento dos países caribenhos e latino-americanos em outras jurisdições internacionais: os países dessa região contribuíram voluntariamente com aproximadamente 13 milhões de dólares para o Tribunal Penal Internacional (que apenas julgou até hoje **um** caso referente às Américas), enquanto, durante o mesmo período, doaram pouco menos de 200 mil dólares à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2015). A análise sistêmica desses dados evidencia o descaso (no caso em questão dos países latino-americanos) com uma real e efetiva garantia dos Direitos Humanos.

Mais tarde, em setembro de 2016, a Comissão anunciou a "superação" de sua crise e a volta do funcionamento de suas atividades básicas. Todavia, é importante salientar que essa suposta superação da crise se dá, novamente, com um grande número de doações de países observadores, como apenas serve para mascarar o grande problema estrutural pela ausência de compromisso na proteção dos Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

O trabalho analisou a crise financeira enfrentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2016, partindo referencial teórico do paradoxo dos Direitos Humanos desenvolvido por Douzinas.

Em um primeiro momento, a artigo se dedicou à exposição do funcionamento da CIDH, demonstrando os riscos que sua crise financeira representa para esse sistema. Em seguida, traçou-se um panorama da atuação do brasileira frente à Comissão, destacando as represálias que resultaram da decisão desfavorável ao projeto de Belo Monte.

Posteriormente, foi realizada uma análise do financiamento da CIDH. Essa parte do estudo demonstrou que a Comissão tem seu sustento em bases extremamente voláteis, contando com aportes voluntários de agentes que não se submetem à sua jurisdição, estando frequentemente suscetível a crises que ameaçam seu funcionamento.

Apesar de o trabalho não possuir dados exaustivos para a comprovação generalizada da hipótese, para caso apresentado, guiando-se pelo marco teórico adotado, foi possível evidenciar a prevalência dos interesses econômicos dos Estados em detrimento da tutela dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios E Conquistas Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos No Início Do Século XXI.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso: 17 Mar. 2017.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Medidas cautelares outorgadas pela CIDH no ano 2011**. Diponível em: <https://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso: 30 maio 2017.

______. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

______. **Comunicado de Imprenssa.** 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/069.asp>. Acesso: 30 maio 2017.

DOUZINAS, Costas. **Human Rights and Empire:** political philosophy of cosmopolitanism. Abingdon: Routledge--Cavendish, 2007.

______. The Paradoxes of Human Rights. **Constellations**, Oxford, v. 20, nº 1, p. 51-67, 2013.

GEARTY, Conor; DOUZINAS, Costas. **The Cambridge Companion to Human Rights Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KWEITEL, Juana; CETRA, Raísa Cetra. Muchos Brasil. **Aportes – Revista de la Fundacíon para el Debido Processo** (DPFL). Número 19, ano 7, abril de 2014.

MIAGUSKO, Edson. Pogressio, pogressio...Desenvolvimento, novo desenvolvimentismo e Estado. In: BARROS, Joana; GUTTERRES, Anelise; SILVA, Evanildo Barbosa da. **Território de Utopia:** resistências aos impactos dos projetos de desenvolvimento no Brasil. Rio de Janeiro: Fase, 2015. p. 25 - 32.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. San José: OEA, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 de maio de 2016.

______. **Crisis financiera de la CIDH:** Presupuesto de la CIDH. Disponível em: < http://www.oas.org/es/cidh/prensa/crisis-presupuesto.asp > . Acesso em: 31 de julho de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SICILIANO, André Luiz. **O caso de Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: análise em dois níveis**. São Paulo: PUC-SP, 2011.

VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: De Maria Da Penha À Belo Monte. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; TORELLY, Marcelo (Org.). **Justiça de Transição nas Américas:** olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Forum, 2013

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. **Against the 'Lex Mercatoria'**: proposals and alternatives for controlling transnational corporations. Madrid: OMAL, 2016.

DIREITOS HUMANOS E RECONHECIMENTO: UMA ANÁLISE DA TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS LGBTTIS

Rafael Carrano Lelis

INTRODUÇÃO

A segunda guerra mundial foi um marco na evolução histórica dos Direitos Humanos. O choque da população global com as atrocidades cometidas pelas lideranças nazifascistas desencadeou uma preocupação ainda maior com o avanço da proteção internacional desses direitos. Realmente, desenvolveu-se de forma singular o combate a discriminações e a garantia de direitos no plano global. Todavia, esse progresso não aconteceu da mesma maneira para todos.

Em 2017, 72 anos após o término daquela guerra, ainda é noticiada a existência de campos de concentração. Não mais comandados pelos alemães, não mais exterminando judeus. O holocausto do século XXI mata lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersex (LGBTTI), que diariamente são violentados, invizibilizados e discriminados em virtude de sua mera existência. Os campos de concentração na Chechênia, onde são mortos e torturados LGBTTIs, escanca-

ram, mais uma vez, a fragilidade dessa população, que carece de proteção nos planos nacional e internacional e a quem inúmeros direitos básicos do ser humano ainda são negados.

A pesquisa científica nessa seara é essencial para a ampliação do reconhecimento dessa população, empoderando-a e permitindo o combate às diversas formas de violência sofridas. Este artigo, em especial, dedica-se à abordagem da tutela internacional dos direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersex. Optou-se pela análise do plano internacional precipuamente por duas razões. Em primeiro lugar, identifica-se a transposição, em virtude da globalização, do espaço ideal para o exercício da justiça; antes concentrada nas fronteiras dos Estados, ela passou, agora, a ser tratada de forma cosmopolita. A segunda razão, por sua vez, reside no caráter comprovadamente influenciador da legislação internacional sobre as normas do direito doméstico. Sendo assim, confia-se que, uma vez alterados e consolidados os parâmetros de proteção a essa população na esfera internacional, os ordenamento jurídicos internos seguirão tais mudanças, efetivando os direitos nacionalmente.

Tendo como marco teórico a concepção desenvolvida por Nancy Fraser de reconhecimento enquanto uma questão de *status social*, é indagado se a legislação internacional, em seu atual estágio de desenvolvimento, cumpre a função de fornecer reconhecimento à população LGBTTI. Como hipótese inicial a esse questionamento, supõe-se uma resposta negativa, tendo em vista a magnitude dos números de violência em todo o mundo contra essas pessoas, além da existência de apenas um instrumento vinculante de Direito Internacional com menção expressa à proteção dos LGBTTIs.

Para dar prosseguimento à pesquisa delineada, o artigo se desenvolve por meio da metodologia jurídico-compreensiva

de investigação, utilizando-se da análise de jurisprudência (nacional e internacional), além da legislação internacional. Será direcionada especial atenção à atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), por considerá-lo aquele que, atualmente, tem se preocupado mais incisivamente no desenvolvimento da temática.

Dessa forma, são três os principais objetivos do trabalho. A primeira ambição é demonstrar a grande invisibilização que sofre a população LGBTTI na legislação internacional. Suplementarmente, almeja-se evidenciar a necessidade de alteração do atual sistema internacional de proteção dos direitos LGBTTIs para que seja possibilitada uma tutela efetiva dos direitos dessa população, ocasionando um reflexo positivo, também, no plano interno dos Estados. Por fim, culmina-se no último objetivo do trabalho: indicar possíveis soluções para a eliminação da invisibilização mencionada, bem como as formas e meios a serem utilizados para a alteração do paradigma jurídico vigente na seara internacional.

1. POR QUE O PLANO INTERNACIONAL?

Um ponto importante a ser esclarecido, para o desenvolvimento e ideal compreensão do trabalho, é o porquê da escolha em abordar a tutela dos direitos LGBTTIs no plano internacional e não no nacional. São dois os principais motivos, que serão brevemente explorados neste tópico. Preliminarmente, evidencia-se a alteração do próprio espaço de realização da justiça, o qual, precipuamente em virtude da globalização, foi transposto para além das meras fronteiras dos Estados, adquirindo proeminência a dimensão global de efetivação dos direitos. Subsidiariamente a essa primeira razão e, de certa forma, como consequência dela, encontra-se a influência exercida pela legislação internacional na criação de novas leis no direito doméstico.

A filósofa norte-americana Nancy Fraser (2009, p. 29-32) propõe um modelo *pós-Westfaliano* de enquadramento da justiça, em contraposição ao paradigma anterior, que denominou de *enquadramento Keynesiano-Westfaliano*. A sugestão de Fraser (2009, p. 11-17) é, justamente, que os Estados, com suas limitações fronteiriças, não são mais capazes de dirimir as desigualdades ocasionadas em virtude das dimensões econômica, cultural e política da justiça. Dessa forma, deslocou-se a ideia do Estado como principal responsável pela promoção da justiça, passando a se depositar tal função primordialmente na esfera internacional, mais apropriada a suprir as diversas demandas advindas do atual estágio de globalização. Nesse sentido, destacam-se as cortes e os sistemas de proteção internacionais (tanto no âmbito global, quanto regional), os tratados multilaterais e demais fontes de direito internacional, bem como a atuação da sociedade civil transnacional e organizações internacionais, como elementos cruciais na efetivação da justiça na contemporaneidade.

A partir dessa análise, encontra-se substrato para que a luta pelo reconhecimento e pela efetivação dos direitos dos LGBTTIs também se realize na esfera internacional, visando à expansão mais célere e eficaz das conquistas alcançadas. Assim, emerge a segunda das razões levantadas: o poder de influência da legislação internacional sobre o ordenamento jurídico doméstico.

Levando em consideração um processo contínuo de desenvolvimento normativo no Direito Internacional, é possível sinalizar o forte peso transformador dos tratados internacionais, gerando alterações na legislação interna de cada país. Uma das possibilidades desse desenvolvimento poderia ocorrer por meio da elaboração de princípios gerais não vinculantes a respeito da temática, com a posterior edição de um tratado vinculante na mesma seara, para que, subse-

quentemente, fossem adaptados os ordenamentos nacionais em respeito às disposições determinadas no referido acordo multilateral (MEYERSFELD, 2010, p. 1-15). Dessa sorte, poderia, ainda, um tratado vinculante que legislasse a respeito de direito LGBTTI, impor a criação de normas específicas relativas à proteção desse grupo aos Estados signatários.

Ainda dentro dessa segunda razão e como uma espécie de desdobramento, identifica-se a concepção de um sistema de proteção multinível para a efetiva tutela dos direitos LGBTTIs. Sob tal perspectiva, faz-se necessária a construção de uma proteção a nível local (legislação doméstica), regional (sistemas regionais de proteção, como o SIDH) e global (sistema global de proteção dos Direitos Humanos). Nesse sentido, ressalta-se o forte "impacto transformador" dos organismos internacionais, com especial destaque aos sistemas regionais, no avanço na proteção dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno de cada país (PIOVESAN, 2014, p. 143-144).

2. A LEGISLAÇÃO ENQUANTO FONTE DE RECONHECIMENTO

Nancy Fraser (2009, p. 17-18) constrói uma teoria da justiça tridimensional, dentro da qual estariam incluídas as dimensões econômica (concretizada por meio da *distribuição*), cultural (que corresponde à ideia de *reconhecimento*) e política (cuja materialização se dá pela *representação*). Dessa maneira, as formas pelas quais a injustiça se consubstancia correspondem à má distribuição, ao falso reconhecimento e à falsa representação. Devido a sua proposta, o artigo focará na segunda forma de desigualdade descrita: o falso reconhecimento.

Adota-se aqui a teoria do reconhecimento enquanto uma questão de status social, em contraste ao modelo identitário hegeliano. Portanto, não ser reconhecido significa ser social-

mente subordinado. Isto é, o indivíduo que sofre da injustiça do falso reconhecimento é institucionalmente invisibilizado, classificado como abjeto e impedido de participar da vida de forma paritária com os demais (FRASER, 2000, p. 113-114). Desse modo, ainda que diretamente conectado com a má distribuição e a falsa representação, o falso reconhecimento se materializa de forma independente, afetando profundamente a existência daqueles que sofrem a desigualdade nessa dimensão, tornando-os suscetíveis a múltiplas e distintas formas de violência, discriminação e exclusão.

O falso reconhecimento pode se concretizar e reproduzir por diversos meios, sendo um deles a legislação (ou o direito como um todo). Uma lei que criminaliza relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo gera uma injustiça de falso reconhecimento. Entretanto, igualmente o faz a norma que regula o casamento heterossexual, mas queda-se silente a respeito da união civil homoafetiva. Adentrando o campo dos direitos LGBTTI, Fraser (1997, p. 283) identifica a existência de uma reafirmação da heteronormatividade por meio da edição de leis que reforçam esse paradigma dominante e subjugam os grupos que nele não se enquadram, classificados como desviantes.

É com base nessa construção teórica que se entende a legislação internacional como potencial emanante de reconhecimento, capaz de inserir os indivíduos invisibilizados na vida social. Merece distinção, porém, a forma como tal inclusão deve ocorrer. É sabido que no direito internacional não há diferença hierárquica entre o direito proveniente do costume e aquele advindo dos tratados (SHAW, 2014, p. 87-91). Todavia, mesmo que se considerasse estar estabelecida uma norma de costume internacional que confira proteção à população LGBTTI[5], ainda assim, não seria dispensável um

5. Não se considera haver se formado qualquer espécie de direito costumeiro nesse

tratado escrito que dispusesse a respeito desses mesmos direitos, reforçando-os. Defende-se tal posição justamente em virtude do texto positivado atuar como irradiador de reconhecimento. Nesse sentido, aponta-se, também, para o poder simbólico exercido por tal regulamento, uma vez que as próprias normas que impedem a participação paritária dos LGBTTIs na sociedade são sedimentadas pelas práticas sociais e reforçadas por um *habitus* de reiteração de costumes tradicionalmente idealizados (BOURDIEU, 2015, p. 19-26).

Sendo assim, considera-se um instrumento internacional escrito com caráter vinculante[6] indispensável ao avanço na luta pelo reconhecimento da população LGBTTI e garantia dos direitos que até hoje lhes são privados. O referido instrumento seria a própria fonte de empoderamento desses indivíduos perante seus opressores.

3. A CONQUISTA DE DIREITOS LGBTTI NAS AMÉRICAS

O avanço na garantia de direitos a lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersex no decurso da história, especialmente a partir da virada do último século, é inegável. Como resultado de um processo árduo de engajamento de militantes, direitos básicos, principalmente os civis, começaram a ser estendidos aos LGBTTIs[7]. Todavia, tendo em vista o paradigma anterior, no qual a invisibilização era integral e não havia a previsão de quaisquer direitos a esses indivíduos, não é difícil que evoluções protetivas míni-

sentido, em virtude da ausência de demonstrações de vontades estatais reiteradas com relação à proteção dos direitos referidos.

6. Assim como argumentado com relação ao documento escrito, entende-se que o caráter vinculante do eventual documento confere especial reconhecimento, bem como exerce forte poder simbólico nas relações sociais.

7. Excelente panorama do histórico e desenvolvimento da luta por direitos LGBTTIs, com enfoque para o cenário norte-americano, pode ser encontrado na obra “Victory” (HIRSHMAN, 2012).

mas sejam consideradas um avanço de grande magnitude no campo. Nesse sentido, não se deve ignorar que, na realidade vigente, direitos basilares ainda são negados a essa parcela de indivíduos, sendo especialmente marginalizadas as pessoas trans, privadas, até mesmo, de ter um nome ou utilizar banheiros de acordo com sua identidade de gênero.

Timidamente direitos vieram sendo conquistados nos ordenamentos jurídicos dos países do continente americano. A conquista, no entanto, não veio pela usual edição legislativa, mas sim por intermédio de esforços argumentativo-interpretativos de tribunais e juízes. Da mesma forma, no contexto internacional, o progresso na referida pauta vem adquirindo proeminência por meio de decisões das cortes.

Sob tal perspectiva, ilustra o indicado o reconhecimento da possibilidade de união civil entre duas pessoas do mesmo sexo no Brasil e nos Estados Unidos. Dois países de peso no cenário americano e internacional e símbolos, respectivamente, das realidades dos sul e do norte globais, em ambos o reconhecimento se deu por suas cortes supremas.

Na conjuntura estadunidense, a decisão da Suprema Corte se baseou na violação da primeira seção da 14ª emenda da Constituição Federal dos Estados Unidos, que dispõe a respeito de liberdades individuais e proteção igualitária pelas leis. Em uma votação de cinco a quatro, os juízes deliberaram pela extensão do direito do casamento a pessoas do mesmo sexo, instaurando o reconhecimento nacional de um direito que antes apenas era tutelado em alguns estados do país (EUA, 2015).

No Brasil, por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão unânime no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4.277, declarou que a proibição do reconhecimento de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo contraria princípios constitucionais. Em grande

esforço argumentativo, os ministros alegaram que a previsão na Constituição Federal de que a união seria apenas entre homem e mulher não refletia a intenção de proibir outros tipos de arranjos familiares (BRASIL, 2011).

As duas decisões se caracterizaram como uma importante vitória no tangente ao reconhecimento da população LGBTTI. Entretanto, a obtenção desses direitos pela via judicial, sem expressa previsão legislativa, torna-a vulnerável a críticas de seus oponentes. A dependência do órgão jurisdicional gera insegurança quanto à aplicação e posiciona os homossexuais ainda inferiormente na dimensão do reconhecimento da justiça. O próprio fato de a decisão na Suprema Corte dos Estados Unidos ter se dado pela escassa diferença de um voto denota a incerteza e possibilidade de mudança desse cenário. Por outro lado, no Brasil, ainda que o STF tenha chegado a uma sentença de forma unânime, estudos mostram[8] que essa unanimidade aparente entre os ministros não ilustra, de forma alguma, um real reconhecimento da população LGBTTI enquanto dignas de direitos.

No mesmo sentido se deu a decisão no único caso que versa sobre direitos LGBTTI até hoje enfrentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No ano de 2012, a Corte julgou o caso *Atala Riffo e filhas v. Chile,* assegurando o direito ao exercício da maternidade e à manutenção da guarda de suas filhas à juíza chilena Karen Atala. O caso chegou até a jurisdição do sistema interamericano após a Suprema Corte chilena ter negado a guarda a Karen Atala, sob o argumento de que, por a juíza manter uma relação homoafetiva e morar junto com sua esposa[9], suas filhas seriam expostas a discriminações,

8. Nesse sentido, ver o artigo "Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil" (MORAES; CAMINO, 2016).

9. À época ainda não era permitida nenhuma forma de união civil entre pessoas do mesmo sexo no Chile. Dessa maneira, o termo "esposa" é utilizado sem vinculação de uma união legalmente registrada, mas apenas indicando o relacionamento amoroso entre as duas mulheres.

tendo seu desenvolvimento prejudicado por estarem inseridas em um ambiente familiar distinto do usual (OEA, 2012).

Os juízes se embasaram nos artigos 11 e 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos para condenar o Estado chinelo por violação aos princípios de dignidade da pessoa humana, vida privada, não discriminação e igualdade (OEA, 2012). Dessa forma, a Corte Interamericana demarcou, pela primeira vez, sua posição com relação à tutela de direitos LGBTTI, ainda que se pronunciando de maneira restrita ao caso em análise.

Novamente, não há como se negar que essa decisão favorável configura mais um progresso no tangente ao reconhecimento e garantia dos direitos LGBTTIs. Entretanto, ainda persiste a instabilidade e insegurança mencionadas em virtude da via e dos argumentos utilizados. Precisamente na decisão do caso *Atala Riffo e filhas v. Chile* chama a atenção o único voto discordante, do juiz Alberto Pérez Pérez. Em sua explanação, o juiz demonstra preocupação com a utilização do artigo 17, nomeadamente o inciso segundo, do Pacto de São José da Costa Rica, como fundamento para a decisão proferida no caso. O referido inciso dispõe a respeito do direito ao casamento, fazendo menção explícita de que ele seria exercido entre um homem e uma mulher. Dessa forma, o juiz dissidente justifica sua posição alegando um receio de que a utilização do fundamento poderia entendida como “um pronunciamento implícito sobre a interpretação das diferentes provisões do referido artigo” (OEA, 2012, tradução nossa). Isto é, temia Pérez que houvesse uma indicação por parte da Corte de que o casamento homoafetivo encontra respaldo na Convenção Americana.

Esse posicionamento do juiz ilustra o perigo de que os direitos LGBTTIs dependam de interpretações de Cortes e de dispositivos não vinculantes no Direito Internacional, tornando-os especialmente vulneráveis a mudanças abruptas e dificultando a consolidação de seu reconhecimento mundialmente.

4. A LACUNA DO SISTEMA GLOBAL E O ENGAJAMENTO DO SISTEMA INTERAMERICANO

Até o momento, o artigo se dedicou à demonstração da legislação como forma de reconhecimento à população LGBTTI, com especial enfoque à força também simbólica exercida pela normativa que seja positiva e se encontre presente em documentos internacionais vinculantes. Esta seção, por sua vez, preocupa-se com a exposição de um panorama geral das diversas fontes de Direito Internacional (excetuando-se a jurisprudência) e sua relação com os direitos LGBTTIs.

A ocorrência da tutela dos direitos LGBTTIs no cenário internacional pode ser agrupada em três diferentes categorias de incidência: 1) a proteção de direitos à privacidade, como ocorreu no caso *Atala Riffo e filas v. Chile*, anteriormente abordado; 2) o combate à discriminação, que tem adquirido forma na reinterpretação, pelos órgãos dos tratados, de dispositivos gerais de não discriminação que indicam "outros status", incluindo o grupo de pessoas LGBTTI; e, finalmente, 3) a garantia de que outros Direitos Humanos consagrados sejam estendidos às pessoas LGBTTIs, função ulteriormente exercida pelas cortes internacionais (O'FLAHERTY, 2014, p. 395).

Em concisa análise, as três categorias revelam o potencial da ordem internacional de invisibilização dos LGBTTIs. A primeira delas, a utilização do argumento da proteção do direito à privacidade, aloca, mais uma vez, questões relacionadas à orientação de desejo sexual e da identidade de gênero apenas na esfera privada no indivíduo. Posiciona-se a questão no submundo das relações sociais, pois alcançar a proteção a essa população pela via da preservação da intimidade significa reforçar a ideia de que práticas sexuais tidas como desviantes pela sociedade devam ser mantidas fora do alcance de visão e excluídas das formulações de políticas públicas.

Quando nos voltamos à segunda categoria elencada, a reinterpretação dos textos normativos já existentes para conceber que termos como “outros status” ou “qualquer outra condição social” já abarcam os LGBTTIs, denota-se, novamente, a invisibilização latente sofrida por esses indivíduos. Indicar que eles já são contemplados por essas previsões genéricas (e que, portanto, não há necessidade de novas leis) não só ignora o forte poder simbólico e de reconhecimento carregados pela menção expressa de proteção a um grupo, mas também desmobiliza e desmerece a luta para o reconhecimento dos LGBTTIs enquanto sujeitos de direitos. Essa posição já foi ratificada, até mesmo, pela Organização das Nações Unidas (2013, p.11) que, em documento, expõe que “a proteção de pessoas baseada na orientação sexual e identidade de gênero não requer a criação de novas leis ou direitos especiais para pessoas LGBT”.

Deslocando, agora, o foco para a última das categorias dispostas, a extensão aos LGBTTIs dos demais Direitos Humanos consagrados, é possível destacar tal campo ainda como incipiente, carregado por incertezas e marcado pela insegurança jurídica. Até o mais básico direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo não se encontra pacificado no cenário internacional. A própria Corte Europeia de Direitos Humanos já julgou em favorável e contrariamente ao exercício desse direito, enquanto o Comitê de Direitos Humanos já se pronunciou oficialmente expressando que o casamento homoafetivo não é protegido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (O’FLAHERTY, 2014, p. 311).

Para uma breve exemplificação das lacunas normativas (tanto no sistema global, quanto regional), optou-se pelo exame de quatro documentos internacionais. Foram escolhidos os pactos internacionais de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na qualidade de

integrantes da estrutura global. Representando a ordenação regional de proteção, por sua vez, foram analisadas a Carta da OEA e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Recorrendo, primeiramente, à investigação do panorama global, é possível destacar que o PIDESC, ao vedar discriminações em seu texto, em seu artigo segundo, o faz apenas referindo-se a "motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação" (ONU, 1966a), sem fazer qualquer menção a direitos de pessoas homossexuais, bissexuais, trans e intersex. Da mesma forma, o PIDCP, em seus artigos 2º, 4º, 24 e 26, faz referência apenas à proibição de distinção ou tratamento desigual no que se refere à "raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social" (ONU, 1966b). Ainda mais, em seu artigo 23, o referido Pacto reconhece o direito ao matrimônio e formação de família apenas a casais heteroafetivos, ou seja, entre um homem e uma mulher.

Paralelamente a esse cenário apresentado do sistema global, muito semelhante é a realidade dos documentos analisados na seara regional. A Carta da OEA, em sua única passagem que nos cabe elencar, ao dispor dos princípios que regem a organização, indica, na alínea l de seu artigo terceiro, que "l) os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo" (OEA, 1967), mais uma vez escancarando a invisibilização sofrida pelos LGBTTIs nesses documentos. Do mesmo modo, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 1º(1) garante a não discriminação dos Estados signatários da Convenção "por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer ou-

tra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social" (OEA, 1969). Ademais, a mesma Convenção dispõe, em seu artigo 17(2), que o casamento e a formação de família só se darão entre um homem e uma mulher, excluindo dezenas de outros arranjos familiares possíveis de serem concebidos.

Apesar de os instrumentos acima estudados, como mencionado, não realizarem menção expressa a qualquer tipo de garantia para a população LGBTTI, a partir de uma investigação por toda a ordem internacional, é possível encontrar algumas normativas que tratam especificamente sobre a temática.

O Conselho de Direitos Humanos já aprovou três resoluções que abordam a matéria, respectivamente, nos anos de 2011, 2014 e 2016. A primeira delas, a resolução *A/HRC/RES/17/19,* requeria que o Alto Comissariado realizasse um estudo a respeito da existência de leis discriminatórias e violência contra pessoas com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero, indicando a formação de um painel em sessão posterior do Conselho para discussão dos resultados obtidos. Merece relevância os números da votação da referida resolução, que foi aprovada com 23 posicionamentos favoráveis, 19 contrários e três abstenções. Como se observa, o número de pessoas a favor da proposta foi extremamente próximo daqueles que não apoiaram o conteúdo da resolução (22, somando votos contrários e abstenções) (ONU, 2011a).

Três anos mais tarde, o mesmo Conselho aprovou a resolução *A/HRC/RES/27/32,* assinalando sua tomada de conhecimento da produção do relatório "*Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*"[10] elaborado pela Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos ainda no ano de 2011 (ONU, 2014).

10. O relatório foi introduzido por meio da resolução *A/HRC/RES/19/41* (ONU, 2011b).

Pouco depois, em 2016, o Conselho de Direitos Humanos aprovou a resolução *A/HRC/RES/32/2,* a qual considerou um marco histórico no reconhecimento das pessoas LGBTTI enquanto sujeitos de direitos e dignos de proteção pelos Direitos Humanos. No referido documento, o Conselho condenou a violência os atos de violência contra LGBTTI ao redor de todo o mundo e decidiu indicar um “expert independente”[11] na matéria de combate à discriminação e violência baseados em orientação sexual e identidade de gênero. Constituído para um mandato de três anos, o expert possui dentre os seus objetivos: avaliar a possibilidade de implementação dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos no combate a essas formas de discriminação e violência; conscientizar a população global a respeito da existência dessas formas de violência; e cooperar com os Estados para a implementação de medidas para a proteção dos LGBTTI. Ponto preocupante, contudo, reside nos números da votação de resolução, o número de defensores foi menor que os de não apoiadores. Foram 23 votos favoráveis, em contraposição a 18 contrários e seis abstenções (ONU, 2016).

Antes mesmo de a temática LGBTTI ter encontrado algum respaldo nas resoluções do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, já havia sido produzido o documento internacional mais consiste na abordagem do tópico de direitos LGBTTI. Os *Yogyakarta Principles* foram elaborados por 29 especialistas em Direitos Humanos Internacionais, endereçando princípios para a aplicação de legislação internacional dos Direitos Humanos com relação à orientação sexual e identidade de gênero. De maneira geral, o documento realiza um mapeamento das violências sofridas pelos LGBTTIs e a possível aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos no

11. Foi indicado para essa ocupação o professor de direito Vitit Muntarbhorn da Universidade Chulalongkorn, em Bangkok, na Tailândia.

combate a essas violências, estabelecendo obrigações para a efetiva implementação e extensão de cada um dos Direitos Humanos à população LGBTTI (YP, 2007). Os princípios, todavia, não possuem caráter vinculante, o que diminui sua importância no cenário internacional, bem como seu poder de fornecer o reconhecimento necessário à população LGBTTI.

Por fim, é necessário que se destaque a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Aprovada em 2013, é o primeiro instrumento internacional vinculante a reconhecer expressamente a proteção de pessoas LGBTTIs contra a discriminação. No artigo 1º(1) veda a discriminação, dentre outros marcadores, em virtude de "orientación sexual, identidad y expresión de género" (OEA, 2013). Ressalva-se, entretanto, a baixa adesão de Estados a esse instrumento, tendo sido assinado apenas por 10 dos 35 membros da OEA, com a ausência de países eminentes no cenário internacional como Estados Unidos, México e Canadá. A primeira de muitas conquistas essenciais em direção ao reconhecimento internacional da população LGBTTI, essa Convenção sinaliza um recente engajamento do Sistema Interamericano na temática LGBTTI, reforçado a partir do relatório "Violências contra pessoas LGBTI" lançado pela CIDH (2015) e da realização de audiência pública, pela Corte IDH, para a formação de opinião consultiva concernente a direitos LGBTTIs em 17 de maio de 2017 (OEA, 2017).

CONCLUSÃO

A violência, física e simbólica, contra a população LGBTTI está disseminada por todo o globo. Em grande parte das vezes, essa violência se dá de forma institucionalizada, recebendo respaldo de elementos normativos e atingindo o reconhecimento dessa população, impedindo sua participação de forma paritária na convivência social.

O artigo evidenciou o panorama do Direito Internacional no tangente a essa temática, enfatizando as lacunas e a insuficiência do atual marco regulatório em fornecer uma proteção efetiva aos indivíduos discriminados e violentados em função de sua orientação de desejo sexual ou sua identidade de gênero. Resta caracterizado, em última análise, o não cumprimento, por parte da legislação internacional, de uma função de proporcionar reconhecimento à população LGBTTI.

A partir do exposto, é possível concluir pela necessidade de elaboração de um documento internacional vinculante mais abrangente e que posicione os LGBTTIs enquanto sujeitos de direitos, endereçando de forma substancial as garantias que a eles devem ser impreterivelmente asseguradas.

Frisa-se, por fim, a importância de empoderamento dos próprios LGBTTIs para atuarem, de forma conjunta, enquanto agentes criadores dessa nova normativa internacional. São eles os únicos capazes de produzir uma transformação real, moldando o Direito Internacional a partir da perspectiva de quem sofre rotineiramente as inúmeras violências que a norma visaria coibir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal.** Brasília, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 30 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Obergefell Et Al. V. Hodges, Direc-**

tor, Ohio Department Of Health, Et Al. Washington, 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler. **Social Text**, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997.

______. Rethinking Recognition. **New Left Review**, Londres, n. 3, p. 107-120, maio-jun 2000.

______. Reenquadrando a Justiça em um Mundo Globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.

HIRSHMAN, Linda. **Victory:** the triumphant gay revolution**.** Nova Iorque: Harper Collins Publishers, 2012.

MEYERSFELD, Bonita. **Domestic Violence and International Law.** Oxford: Hart Publishing, 2010.

MORAES, Raquel; CAMINO, Leoncio. Homoafetividade e direito: um estudo dos argumentos utilizados pelos ministros do STF ao reconhecerem a união homoafetiva no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 12., n. 3, set-dez 2016.

O'FLAHERTY, Michael. Sexual Orientation and Gender Identity. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law.** Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 303-315.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Office of the High Commissioner. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, 1966a. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 31 maio 2017.

______. Office of the High Commissioner. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, 1966b.

Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Acesso em: 31 maio 2017.

______. Conselho de Direitos Humanos. **A/HRC/RES/17/19**, 2011a. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/148/76/PDF/G1114876.pdf?OpenElement>. Acesso em: 01 jun. 2017.

______. Conselho de Direitos Humanos. **A/HRC/RES/19/41**, 2011b. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

______. Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Nascidos Livres e Iguais:** orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Brasília: UNAIDS, 2013.

______. Conselho de Direitos Humanos. **A/HRC/RES/27/32**, 2014. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/177/32/PDF/G1417732.pdf?OpenElement>. Acesso em: 01 jun. 2017.

______. Conselho de Direitos Humanos. **A/HRC/RES/32/2**, 2016. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/RES/32/2>. Acesso em: 01 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Departamento de Direito Internacional. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, 1967. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

______. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, 1969. Dispo-

nível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 31 maio 2017.

______. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Case of Atala Riffo and daughters v. Chile**. São José, 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_ing.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

______. Departamento de Direito Internacional. **Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância**, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

______. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Solicitud de Opinión Consultiva OC-24**, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_31_03_17.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 6(2), p. 142-154, jul-set 2014.

SHAW, Malcolm N. **International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

YOGYAKARTA PRINCIPLES (YP). **Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity**, 2007. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org/wp/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

A SHARIA E OS DIREITOS DA MULHER

Rafael Zelesco Barretto

INTRODUÇÃO

Este trabalho estuda a situação da mulher perante a *Sharia*, ou lei islâmica. Trata-se de resumir os principais pontos de rusga entre o direito muçulmano de base religiosa e os direitos humanos, na vertente da proibição da discriminação em virtude do sexo. O artigo divide-se em uma parte "estática", dedicada ao exame do tratamento que as fontes tradicionais da *Sharia* conferem ao sexo feminino; e uma parte "dinâmica", que se volta às possibilidades de aplicação deste ordenamento de modo isonômico. Pretende-se examinar se, e até que ponto, as fontes jurídicas da *Sharia* deixam margem para uma aplicação mais consentânea com os valores fundamentais da comunidade internacional.

No Corão, as mulheres são mencionadas em três contextos: em conjunto com os homens, na atribuição dos mesmos deveres para com Deus (9:71), no âmbito do casamento e divórcio, sempre em situação inferior ao homem (4:34), e como objeto das ações dos homens (5:6), em condição de vulnerabilidade (24:23) e necessitadas de proteção (4:23-24). Mas não se mencionam disposições discriminatórias específi-

cas, para além das questões concretas do casamento e divórcio. Os deveres morais, que abarcam a maior parte do Corão, são impostos aos crentes e às crentes indistintamente. Isso é enfatizado pela constante repetição do adjetivo masculino e feminino em diversos versículos, dando a entender que o sexo feminino também é contemplado (33:35). É verdade, porém, que o Corão é prioritariamente dirigido aos homens. As mulheres aparecem na condição de objeto das ações masculinas, e devem ser protegidas e custodiadas, mas aqui o Corão mantém os valores de sua época, limitando a igualdade entre os sexos aos deveres exigidos por Deus.

1. A MULHER NO CORÃO

Uma consequência atual deste esquema é a ênfase dada, nas listas "islâmicas" de direitos humanos, ao direito à castidade feminina. É evidente, como aponta Mayer (1999, pag. 104), que a obsessão com a proteção deste "direito" conduzirá ao confinamento e reclusão das mulheres. A novidade está em que a prática da diferenciação total por sexo – herdeira de uma cultura tribal e pré-moderna – agora tem sua formulação experimentada através das categorias mentais e linguísticas dos últimos dois séculos na área dos direitos humanos. Tenta-se mostrar que homens e mulheres são iguais, porém não equivalentes, merecendo tratamentos distintos (Mawdudi, 2011).

A mesma lógica é seguida na Constituição iraniana de 1979, a qual traz em seu preâmbulo uma cláusula especificamente dedicada às "mulheres na Constituição". Nesta, o novo regime da Revolução Islâmica proclama que estas se beneficiarão particularmente de um grande aumento de seus direitos, por estarem livres da opressão estrangeira que permeava o antigo governo derrubado, podendo assumir sua "importante e preciosa função de maternidade". O problema

“vocabular” deste preâmbulo é que a dignidade da mulher está diretamente relacionada à sua capacidade como mãe de família (MAYER, 1999,pag. 194). Depreende-se que o “valor e nobreza” da mulher dependem de sua função no estabelecimento e manutenção da família. O constituinte iraniano, portanto, não consegue enxergar na mulher um valor intrínseco, mas somente uma importância instrumental.

Outro modo de “legitimar” o tratamento distinto para homens e mulheres é através da inserção de expressões indefinidas, tendentes a restringir os direitos básicos destas e, consequentemente, a reduzir a igualdade entre os sexos. Por exemplo, a *Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã* menciona, em seu art.6º, que homens e mulheres são iguais em dignidade. Esta disposição, considerada isoladamente conforme está no artigo, deixa patente a pergunta sobre onde está a igualdade em direitos entre homem e mulher. A diferença fica mais clara quando se examina o resto do artigo, no qual somente três direitos são reconhecidos explicitamente à mulher: o direito à personalidade civil, à independência financeira e à manutenção do nome de sua família. Claramente, estes três direitos não estão entre os que mais ameaçam a situação da mulher nos países islâmicos hoje. Os direitos enumerados na Declaração do Cairo são resultado de uma discussão já superada com o próprio advento do Islã, há mais de um milênio (MAYER, 1999,pag. 120).

Em primeiro lugar, há uma diferenciação quanto à liberdade de locomoção. É habitual considerar-se a mulher como incapaz de sair de casa sem a companhia do marido ou de algum conhecido do sexo masculino que se responsabilize por ela. Mulheres desacompanhadas podem ser sujeitas a penas como multas ou castigos físicos. Esta restrição é consideravelmente mais severa ao tratar-se de viagens mais lon-

gas. Isto baseia-se, no dizer de Mashood Baderin (2003,pag. 95), num dito de Maomé traduzido como: "*No woman shall make journey covering the distance of a day and night except accompanied by a male relative.*" Embora a tradição subsequente tenha se empenhado em entender tal disposição como referência à segurança da mulher, e não como uma restrição à sua liberdade de movimento. O único trecho corânico contendo tal norma é dirigido expressamente às mulheres de Maomé, afirmando que estas possuem mais deveres por não serem iguais às outras mulheres (CORÃO, 2006, 33:32-33).

Outro ponto em que as mulheres estão em desvantagem na *Sharia* refere-se à possibilidade de escolher livremente sua ocupação, seja no estudo ou no campo profissional. Com efeito, por motivos tais como o interesse da sociedade (MAYER, 1999,pag. 121), ou as diferenças físicas naturais entre os sexos, as mulheres costumam encontrar numerosas dificuldades para dedicar-se à atividade que desejarem.

Em alguns locais, exige-se a permissão do marido para que a esposa possa assumir um emprego. Também há a vedação da ocupação de cargos que envolvam poder (o exemplo mais marcante é o de juiz) por mulheres (AN-NA'IM, 2007,pag. 535).

Basicamente, pode-se dizer que o Corão ou a *Sunna* não tratam diretamente deste tema – não proíbem especificamente nenhuma ocupação às mulheres. No entanto, a ênfase dada pelas fontes primárias da *Sharia* ao papel da mulher como mãe e esposa gera uma tendência a entender que esta seria uma ocupação obrigatória de toda mulher, que só poderia dedicar-se a algum trabalho quando não colocasse em risco seu "papel primário". O direito islâmico, assim, deveria impor à mulher, em nome do bem-estar de toda a sociedade, o cumprimento de seu papel preferencial, ainda que em detrimento da liberdade desta de querer ou não abraçar a

função. Portanto, o sexo feminino é visto majoritariamente como destinado às ocupações do lar, e qualquer trabalho externo é entendido como anormalidade: seja uma decorrência de necessidade extrema, seja uma manifestação de irresponsabilidade para com os membros da família.

O mesmo pode ser dito em relação às oportunidades de estudo para mulheres: as fontes primárias da *Sharia* silenciam a respeito. No entanto, considera-se uma inútil perda de tempo que mulheres se dediquem a tarefas acadêmicas que não influenciarão em nada em seu papel estritamente familiar. Estudantes do sexo feminino são, assim, uma raridade em diversos países que manifestam seguir a *Sharia*.

Uma terceira marca presente em vários países islâmicos aborda a liberdade de uma forma mais geral: trata-se da obrigatoriedade do uso de certas roupas por mulheres. Estas podem ver-se constrangidas a utilizar alguns dos diversos tipos de véus ou demais vestimentas amplas com o propósito de esconder o máximo possível de seu corpo. Tais prescrições possuem base corânica, embora em versículos ambíguos (24:31; 33:59).

Também os crentes do sexo masculino são convidados a “baixarem suas vistas” e a abster-se de relações sexuais adúlteras (CORÃO, 2006, 24:30). Deve-se entender que o fiel muçulmano possui um dever de manter a modéstia e o pudor exteriores, de modo a respeitar os demais na sua integralidade. Há aqui uma clara relação entre a modéstia no vestir e a proibição estrita do adultério, encontrada em várias partes do Corão (4:25, 24:2-3, 24:32, 65:1). O profeta mostrou-se bastante consciente do atrativo que certas roupas e comportamentos poderiam exercer sobre o sexo oposto, advogando assim por um modelo que não favorecesse a sexualização da sociedade – uma das características da sociedade mecana pré-islâmica que o chocava particularmente (NASR, 2006).

No entanto, tal prescrição é vista hoje como autorizativa, para os governos que dizem seguir a *Sharia*, de proibições e regras estritas envolvendo as roupas permitidas para o uso das mulheres, convertendo o próprio ato de sair à rua em algo anormal, tantas são as precauções que uma mulher deve tomar para não deixar parte nenhuma – ou poucas partes – de seu corpo visível. Tais proibições dirigem-se contra o direito básico de liberdade, mas também atingem a liberdade específica de locomoção, pois visam a dificultar o trânsito extrarresidencial feminino. De certa forma, os governos muçulmanos compreendem até hoje o espírito destas disposições do Corão – mas aplicam tal propósito de modo unilateral, pois somente a mulher é vista como responsável pela eventual sexualização da sociedade.

Outra diferença reside nas normas atinentes ao direito sucessório: as regras da *Sharia* impõem uma repartição dos bens do falecido que se caracteriza por contemplar de modos diferentes os herdeiros do sexo masculino e feminino. A matéria de direito sucessório é um dos grandes orgulhos dos juristas muçulmanos quando se comparam aos sistemas jurídicos ocidentais (BADERIN, 2003,pag. 146), por estar regulada em detalhes no Corão, e apresentar aparentemente boas respostas para todas as hipóteses que podem surgir numa sucessão (CORÃO, 2006, 4:7, 4:11-12, *passim*). Ali, porém, há alguns casos nos quais a mulher receberá metade da porção tocante ao homem, embora seja certo, como refere Baderin (2003,pag. 146), que em alguns casos minoritários, a mulher pode acabar recebendo o dobro do homem.

A poligamia é expressamente permitida no Corão, embora de modo limitado, com até quatro esposas (CORÃO, 2006, 4:3). Tratando-se da igualdade entre homens e mulheres, é evidente que a prática da poligamia é claramente desigual. Em primeiro lugar, por ser unilateral: só é permitida entre um homem e várias mulheres. Em segundo, por conduzir inequi-

vocamente a diferenças de tratamento no casamento. Ainda, por instituir diferenças entre os filhos das diversas esposas.

A prática da poligamia islâmica, para os que a defendem, baseia-se nos fins do casamento segundo o Islã: este serve para satisfazer o desejo sexual e possibilitar a procriação. Se a mulher for estéril, um segundo casamento seria uma solução melhor do que a dissolução do primeiro. A contrapartida não vale: caso o homem seja estéril, a mulher terá um direito ao divórcio, mas não a ter dois maridos. O motivo alegado refere-se a fatores sociais e culturais das sociedades envolvidas: com efeito, o grande interesse dos árabes (e dos povos que caíram sob sua influência) pela genealogia e pureza da linhagem não se compatibilizaria com situações de poliandria, na qual nunca se saberia com certeza de que pai um bebê seria filho (BADERIN, 2003,pags. 138-144).

Muitos citam ainda os fatores históricos do surgimento da *Sharia*: a sociedade árabe pré-islâmica era entusiasticamente polígama, a ponto de haver homens ricos a dispor de centenas de "esposas" (NASR, 2006,4:3). Ademais, a mulher, em si, valia muito pouco entre tais tribos, podendo ser intercambiada, emprestada ou forçada à prostituição por seus maridos ou guardiães. Neste estado de coisas, é evidente que a situação da mulher estava diversos níveis abaixo de qualquer padrão encontrado hoje em países do Islã.

Para muitos juristas muçulmanos na atualidade, portanto, a poligamia é vista como uma permissão, e não ordem nem fator de submissão, que visa transpor um problema específico encontrado em alguns casamentos (BADERIN, 2003,pag. 139).

Também é possível efetuar uma interpretação do versículo 4:3 em consonância com o versículo 129 da mesma sura, o qual reza: "E não podereis ser justos com vossas mulheres, ainda que sejais zelosos disso. E não vos desvieis, com total desviar, de nenhuma delas, senão a deixaríeis como que suspensa."

Este trecho traz duas indicações: em primeiro lugar, a poligamia é vista como algo permitido, porém que traz alguns ônus, como a convivência entre as esposas e o dever, incumbente ao marido, de ser justo com todas elas. A segunda indicação visa limitar o papel dominante do marido, ao proibir que este abandone sua esposa sem divorciar-se formalmente dela, o que a deixaria num estado “como que suspensa”, sem gozar dos benefícios do casamento nem poder encetar outra relação.

O versículo 4:3 traz ainda um requisito interessante para a admissibilidade de uma relação polígama: o homem deve estar seguro de que será capaz de tratar todas as suas esposas de maneira justa. Os juristas muçulmanos debatem o alcance desta regra, para saber se constitui um mandamento concreto ou uma recomendação moral. Em alguns países (BADERIN, 2003,pag. 141), a solução encontrada foi um exame judicial da situação concreta do futuro casal, após a qual o juiz pode impedir um segundo ou terceiro matrimônio. De qualquer forma, a literalidade do texto corânico parece apontar mais para um exame subjetivo – é o próprio marido quem deve saber se poderá ou não sustentar suas esposas.

Já outros Estados, como a Tunísia, proíbem taxativamente a poligamia. No entanto, tais disposições podem ser contestadas na doutrina islâmica, frente à permissão explícita do Corão a tal comportamento.

O último grande ponto de discórdia em relação ao tratamento dado pela *Sharia* à mulher cinge-se à possibilidade de divorciar-se de seu marido. Conforme explica Baderin, existem no Islã quatro formas de encerrar artificialmente um casamento: através do repúdio da esposa pelo marido, da dissolução pela mulher, do consentimento mútuo ou de uma ordem judicial. O primeiro meio não exige nenhum motivo especial: o marido pode livrar-se de sua cônjuge sempre que o deseje.

Deverá passar por um processo, entretanto, chamado *Talaq*, pelo qual o esposo, ao repudiar sua mulher, dá início a um prazo de espera de uma *iddah* (para as divorciadas não grávidas, trata-se de três meses; é o período dentro do qual a mulher não pode se casar de novo, por haver o risco de engravidar e surgirem confusões quanto à paternidade da criança). (NASR, 2006, 2:228-231)

Portanto, após o fim do prazo de espera, o homem pode arrepender-se e retomar sua mulher, ou permanecer na mesma decisão e despedi-la definitivamente. Abre-se uma possibilidade iníqua aí, identificada e neutralizada pelo profeta: como o marido pode querer retomar sua mulher por até duas vezes, um cônjuge rancoroso poderia prolongar o período de *iddah* da mulher, e portanto mantê-la num estado indisponível para outro casamento, repudiando-a e retomando-a ao fim de cada *iddah*. O Corão adverte que tal conduta, embora formalmente cumpra os preceitos, vai contra o espírito que permeia o instituto do divórcio entre os muçulmanos.

Observa-se que o marido, por seu turno, não necessita esperar prazo algum para poder casar-se de novo. Como a poligamia é permitida (dentro dos limites já estudados), nada impede que, logo ao primeiro repúdio da esposa, suceda um casamento com outra, ainda que depois haja reconciliação com a cônjuge anterior: nesse caso, simplesmente se terá adicionado mais uma mulher à relação.

Já os demais meios de divórcio são mais difíceis de ser utilizados – é preciso que se prove a existência de algum dos motivos legais para a dissolução do vínculo. Portanto, os homens possuem uma vantagem em relação às mulheres, no que diz respeito à facilidade para requerer o divórcio.

Existem, no mundo islâmico, algumas disposições normativas governamentais que objetivam diminuir esta desigualda-

de entre os gêneros, impondo a necessidade absoluta de um processo judicial para qualquer tipo de divórcio. Alega-se, para isso, uma correspondência com o versículo 4:35 do Corão: "35. E se temerdes uma ruptura entre esposo e esposa, convocai um árbitro da família do homem e um árbitro da família da mulher. Se se mostrarem dispostos a reconciliar-se, Deus os reconciliará. Deus sabe tudo e compreende tudo." (4:35)

O Estado, aqui, substituiria, por razões de interesse público (*maslalah*) (KAMALI, 2008), as respectivas famílias do casal. Desta forma, se esperaria que o juiz não aprovasse qualquer forma de repúdio da mulher pelo marido, e facilitasse por outro lado a dissolução de um casamento no qual a esposa se veja em situação injusta. O princípio da *Sunna* traduzido por "*there should be no harming nor should any harm be remedied with another harm*" (BADERIN, 2003,pag. 151) também poderia ser invocado neste ponto para autorizar ao juiz a apreciação de qualquer caso de divórcio, ainda que proveniente de um repúdio por parte do marido. Tal exame judicial também estaria de acordo com o princípio ético básico do Corão que recomenda sempre eleger o caminho que imporá menos dificuldades aos indivíduos (2:185).

Outro modo de compatibilizar as disposições da *Sharia* com a exigência de igualdade entre os sexos refere-se à possibilidade da estipulação do "divórcio delegado", pela qual, durante a celebração do contrato nupcial, o marido pode delegar à esposa o direito de se divorciar unilateralmente. Neste caso, ambos estariam e permaneceriam em pé de igualdade no que diz respeito à possibilidade de terminar o vínculo de forma unilateral.

2. EVOLUÇÕES

Nas palavras de Raymond Charles (1956,pag. 56), a mulher islâmica é apresentada como uma eterna menor de idade, extra-

ordinariamente ignorante das coisas da vida que transcendam o harém. Com efeito, por mais que os juristas e legisladores muçulmanos exaltem o papel da mulher como companheira inseparável do marido, pilar da família e sustentáculo da sociedade, ainda assim o Islã enxerga o sexo feminino com uma mistura de inimizade e protecionismo sufocante. Inimizade porque a mulher é vista como possuidora de uma capacidade misteriosa de alvoroçar o coração do homem, acendendo paixões muitas vezes prejudiciais (NASR, 2006). Um bom exemplo desta visão se encontra no livro do iraniano aiatolá Shirazi (SHIRAZI, cap. 12), o qual, tratando do pecado/crime de fornicação, estatui que as mulheres devem adotar alguns comportamentos de forma a evitar que o desejo masculino aflore.

Já o protecionismo excessivo se deve à percepção de que a mulher é mais fraca que o homem, e necessita de maior proteção. Com efeito, o Corão é todo ele ditado no século VII, numa sociedade tribal que se caracterizava pela institucionalização de normas muito rígidas e desiguais no que dizia respeito ao sexo feminino. Neste contexto, as prescrições da lei islâmica tiveram um significativo efeito liberalizante (MAYER,1999, pag. 98). O Corão dificulta a prática da poligamia, limitando-a a quatro mulheres e estabelecendo alguns requisitos que o esposo deve preencher (BIELEFELDT, 2000,pag. 170). Há também um controle externo (assumido pelos juristas e depois pelos funcionários estatais) sobre o cumprimento das obrigações próprias do estado conjugal pelo marido. O casamento islâmico ainda não é exclusivamente consensual, mas a esposa já possui alguns meios de se insurgir contra o pai ou tutor que lhe ordenem um enlace claramente prejudicial (CHARLES, 1956,pag. 45), em especial se já houve casamento prévio. É à mulher que deve ser pago o dote, sendo que a esta é reconhecida a capacidade de possuir e administrar bens

(CORÃO, 2006, 4:32). O repúdio da mulher pelo marido – absolutamente discricionário na Arábia pré-islâmica – passa a ter regras mínimas, como a espera de um período dentro do qual pode ocorrer uma reconciliação, a fixação de um limite para a sucessão de repúdio e retomada da esposa (pode ser repudiada três vezes e retomada duas vezes consecutivas – CORÃO, 2006, 2:229-230). Uma novidade islâmica também é a possibilidade do divórcio por iniciativa da mulher, ainda que, na linguagem corânica, isto dependa sempre de um acordo com o marido, ou da devolução integral do dote (CORÃO, 2006, 2:229; 4:128). O infanticídio não é mais tolerado, pois a vida humana – especialmente a do crente, que, aqui, inclui a da mulher crente – é vista como sagrada (CORÃO, 2006, 4:93). E não é mais admissível a prática sórdida de lucrar através do corpo da mulher, forçando-a a se prostituir (CORÃO, 2006, 24:33). O próprio marido passa a ter alguns deveres no casamento (CORÃO, 2006, 2:241; 4:128) – embora expressos em linguagem incomparavelmente mais branda que os de sua contraparte, cujo descumprimento causa somente a ameaça de punições após a morte, e, quando muito, um bom motivo para a esposa se divorciar. Outra restrição feita ao cônjuge masculino diz respeito à permissibilidade das relações extraconjugais: estas são totalmente abolidas e castigadas como crime severo. Entretanto, é evidente que a obrigação de fidelidade pesa de modo distinto sobre o homem e sobre a mulher: enquanto esta deve permanecer reclusa para guardar sua castidade acima de tudo, o marido tem limites mais amplos: pode relacionar-se com suas esposas e com suas escravas, e o Corão se preocupa muito menos com sua castidade conjugal.

Além das evoluções que o próprio advento do Islã, com o Corão, trouxe em benefício da mulher, a prática da sociedade muçulmana também prosseguiu nesta senda de generosidade

(embora nunca "igualdade") para com o sexo feminino: é assim com o surgimento do juiz muçulmano (*cadi*), com competência para examinar todas as questões matrimoniais, especialmente na modalidade *khul'*, isto é, o divórcio iniciado pela mulher e que o Corão deixa dependente da boa vontade do marido e das negociações entre o casal (2:229 e 4:128). O *cadi* irá, gradualmente, imiscuir-se em tais questões, inclusive apontando alguns comportamentos iníquos do marido, como o não pagamento do dote, a falta de manutenção da esposa, maus tratos, ausência prolongada e humilhação pública, que, se cometidos, darão azo ao *khul'* (CHARLES, 1956,pags. 53-54). A depender do *cadi*, até simples incompatibilidades de humor podem ser alegadas pela mulher para iniciar um divórcio – ela deverá estar ciente, no entanto, que o juiz examinará detidamente tais questões (que podem ser vexatórias) e indicará, neste último caso, alguns conciliadores para tentar manter o vínculo (BIELEFELDT, 2000,pag. 170).

Outra prática muçulmana não prevista explicitamente no Corão, porém adotada pela sociedade e inserida na *Sharia*, refere-se aos contratos pré-matrimoniais, pelos quais o marido poderia comprometer-se com a esposa em algum âmbito, outorgando-lhe o direito de divorciar-se unilateralmente caso descumprisse o combinado. Ou ainda, a estipulação pode prever o divórcio direto pela mulher pura e simplesmente (BADERIN, 2003,pag. 152).

Por fim, o próprio "espírito" do Corão, isto é, os princípios que este não enuncia, mas que ficam claros a partir da leitura de suas regras concretas, acaba por favorecer uma mudança e evolução no *status* da crente muçulmana. Ela é apresentada como igual ao homem em numerosos aspectos – ambos possuem os mesmos deveres de piedade e crença em Deus, e, na lógica corânica, só se diferencia do sexo masculino em razão

de características apresentadas como naturais, como a menor força física (que a impede de prover ao sustento da família) e as diferenças de personalidade (enxergadas por Maomé como fraqueza inerente de caráter).

Da mesma forma que a prática da *Sharia* beneficiou a mulher em alguns aspectos, deve ser chamada a atenção para algumas condutas sociais que visaram explicitamente cassar alguns dos direitos que a mulher conquistara no Corão. Nota-se que a lei islâmica – até mesmo em sua fonte primária, considerada a própria palavra de Deus – não é tão imutável e insuscetível de adequação ao que se percebe como exigências da realidade prática (ainda que tais exigências, no caso que ora se apresentará, sejam bastante questionáveis).

A disposição corânica do *talaq*, ou repúdio, conferia ao marido um menor grau de controle sobre sua mulher do que o costume pré-islâmico análogo. Na prática antiga, o esposo poderia ameaçar a mulher com o divórcio por quantas vezes entendesse, inclusive divorciando-se dela e retomando-a logo depois. Ele podia fazer isso quantas vezes quisesse, de modo que a mulher, que não podia viver sozinha à época, permanecia num estado de tensão permanente, sem saber se deveria voltar para a casa de seu pai ou continuar com seu marido. Outro modo de tornar insuportável a vida de uma esposa seria repudiá-la e retomá-la diversas vezes, de forma a não permanecer casado com ela, mas impossibilitar que, por conta do tradicional período de espera, a repudiada pudesse casar-se com outro homem. Ficava, então, como que suspensa, em estado sumamente injusto, conhecido e proibido por Maomé.

Outro modo de prejudicar a esposa divorciada era pronunciar a fórmula de repúdio por três vezes seguidas. Isto consistia numa violação da literalidade do Corão, pois, após as três repetições da fórmula, só se contava um período de

espera, reduzindo assim a correspondente obrigação do marido de sustentar a ex-mulher. Apressava-se o procedimento, desta maneira, de modo a liberar o esposo de suas obrigações o quanto antes. O terceiro califa Omar, no entanto, modificou tal costume, determinando que o repúdio triplo teria validade total, isto é, incluindo um triplo período de espera e sustento da mulher. Esta disposição de Omar, por mais que melhorasse a situação da divorciada, continuava indo contra o dispositivo do Corão, que não admitia o triplo repúdio. Ademais, esta ordem do califa também modificou a tradição estabelecida desde os tempos do profeta Maomé, quando o triplo repúdio de uma só vez não era permitido, e valia como somente um divórcio (KAMALI, 2008,pag. 229).

Outra versão dá conta de que a mudança promovida por Omar almejava facilitar o divórcio irrevogável do casal, eis que o divórcio único sempre poderia ser anulado pelo marido. Ora, se o ex-marido desejasse casar-se de novo, a segunda noiva dificilmente concordaria sabendo da existência de um vínculo, ainda que mínimo, com a ex-esposa divorciada. Exigia-se então que o procedimento do divórcio triplo fosse acelerado, de modo a liberar completamente o homem de qualquer "tentação" de voltar atrás.

Seja como for, algumas escolas jurídicas admitem o triplo repúdio, enquanto outras o consideram um modo ilícito de escamotear o Corão. No entanto, Ibrahim Syed explica que uma maioria dos juristas das escolas hanafita, xafiita e malequita aceitam tal instituto, enquanto que a maioria dos expoentes da escola hanbalita não o aceitam. Os xiitas, em regra, possuem uma opinião tão ruim do triplo repúdio que alguns de seus juristas chegam a considerar que sequer houve um divórcio quando três rejeições são pronunciadas de uma só vez (SYED, 2011).

Assim, vê-se como as normas originais da *Sharia* sofreram diversas modificações no tocante à situação da mulher, em especial acerca da dissolução do vínculo conjugal. Dependendo do que se tratasse, as modificações beneficiavam ou empobreciam a situação das esposas. Mas o que deve ser ressaltado é que a lei islâmica não foi percebida como pura e simplesmente imutável, ainda que, na teoria, assim o proclamem muitos juristas. Além das mudanças temporais, também deve ser considerada a grande variação na opinião das escolas de jurisprudência acerca de outros temas envolvendo a relação com a mulher.

Por exemplo: quando o marido se divorcia da mulher, o Corão recomenda (CORÃO, 2006, 2:236; 33:49; 65:1) que o marido faça uma oferta de consolação, na forma de um presente, à ex-mulher. No entanto, a escola malequita vê esta conduta do marido como algo obrigatório. Já sobre o divórcio judicial, também há discrepâncias: os hanafitas só admitem que a mulher tenha recurso a tal via em caso de não consumação do casamento por motivo de alguma disfunção do marido, enquanto que as demais escolas admitem outros motivos (CHARLES, 1956,pag. 54).

Em relação ao casamento, mais divergências: os malequitas sempre admitiram os pactos acessórios pré-matrimoniais, enquanto que as demais escolas só se renderam aos mesmos recentemente (CHARLES, 1956,pag. 49). Qual a idade mínima para uma mulher poder casar-se? Os hanefitas são bastante rígidos em relação à marca da puberdade: antes de atingir tal estado, eventual casamento terá o valor de noivado, nada mais. Outras escolas valorizam mais o consentimento (real ou presumido) da mulher, ou sua aparência externa, ao invés dos aspectos mais biológicos da puberdade.

Os deveres do marido são outro ponto em disputa: para os hanefitas e xafitas, este cumpre definitivamente seu dever de consumar o casamento já na primeira vez em que esteja

com sua esposa, ainda que seja a única. E a teoria sobre o regime de bens na vigência do vínculo tampouco é unânime: os malequitas mais uma vez se distinguem, defendendo a necessidade da aprovação do marido se a cônjuge entender dispor, para qualquer finalidade, de mais de um terço de seus próprios bens (CHARLES, 1956,pags. 49-50).

Estes breves apontamentos já deixam clara a grande gama de soluções discrepantes que existem, no direito islâmico, para as diversas situações da vida. A *Sharia* pode sustentar sua imutabilidade sendo interpretada e desenvolvida de tantos modos diferentes? (MAYER, 1999,2011.)

Acerca das inovações do Islã em relação à mulher, é preciso notar que eram plenamente desejáveis e benéficas na sociedade em que foram originalmente aplicadas. As soluções trazidas pelo Corão revestem-se de alto grau de humanismo e liberalidade no contexto patriarcal, tribal, coletivista e violento que desejavam modificar. Até mesmo muito do que hoje percebemos como restrições à liberdade feminina possuíam sua razão de ser diante das circunstâncias da Arábia no século VII. Por exemplo, os impedimentos à liberdade de circulação constituíam uma proteção à mulher num contexto em que, de todo modo, poucos eram os que efetivamente viajavam, e menos ainda os que se aventuravam a andar sozinhos. A disposição que ordenava à mulher só percorrer grandes distâncias acompanhada de algum homem pode ser entendida como uma obrigação, por parte do marido, de protegê-la. Da mesma forma, a proibição de que a mulher se casasse com um não muçulmano era um importante limite ao grande poder que o pai e os membros masculinos da família exerciam sobre as moças. No fundo, o Corão proibiu que ela fosse forçada a casar-se com um infiel, o que redundaria em sua exclusão da comunidade. Pode-se legitimamente perguntar se a situação da vítima de um casamento arranjado efetivamente melhorou, independen-

temente da religião do marido. Pelo número de versículos do Corão que se preocupam em recomendar o bom tratamento da esposa pelo marido, parece que um casamento forçado com um bom muçulmano trazia algumas garantias.

CONCLUSÃO

Estudaram-se os prováveis motivos que levaram às especificações do Corão sobre a situação da mulher. Conclui-se que, em geral, esta se apresentava mais favorável quando comparada à realidade que valia na Arábia pré-islâmica. Disposições desiguais permaneceram, porém. Mas estas não devem ser enxergadas como imutáveis e eternas, eis que o tema sempre se caracterizou por mudanças e reinterpretações de normas a princípio de fácil entendimento.

REFERÊNCIAS:

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Human rights in the Muslim world. *In*: ALSTON; STEINER; GOODMAN. **International human rights in context**. 3rd ed. NY: OUP, 2007.

BADERIN, Mashood A. **International human rights and Islamic law**. Oxford: OUP, 2003.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

CHARLES, Raymond. **Le droit musulman**. 6.édition. Paris: PUF, 1956.

KAMALI, Mohammad Hashim. **Shari'ah law**. Oxford: One world, 2008.

MAWDUDI, Abu'l A'la. **The meaning of the Qur'an**. Disponível em: < http://www.cmje.org/religious-texts/maududi/index.php >. Acesso em: 13.07.2016.

MAYER, Ann Elizabeth. **Human rights and Islamic law**. Entrevista concedida a Dina Ibrahim. Disponível em: < http://www.starbacks.ca/CapitolHill/Parliament/3251/spring99/mayer.html >. Acesso em: 13.07.2016.

MAYER, Ann Elizabeth. **Islam and human rights**. 3rd edition. Boulder, Colorado: Westview Press, 1999.

NOBRE ALCORÃO. Tradução e comentários de Helmi Nasr. Medina: Complexo do Rei Fahd para Imprimir o Alcorão Nobre, [2005 ou 2006].

SHIRAZI, Aiatolá Abdul Husayn Dastaghaib. **Greater sins**. Bombaim: Islamic Study Circle [19—]. Disponível em: < http://www.al-islam.org/greater_sins_complete/ >. Acesso em: 15.09.2016.

SYED, Ibrahim B. **Triple Talaq**. Disponível em: < http://www.irfi.org/articles/articles_151_200/triple__talaq.htm >. Acesso em: 13.07.2016.

Este livro foi composto em ITC Slimbach pela
Editora Multifoco e impresso em papel offset 75g/m².